

ÍNDICE

BUSTO LAGO, J. M., *Doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del Tribunal Supremo sobre la acción directa frente a la aseguradora de responsabilidad civil de la Administración (Case-law of the private law division of the spanish supreme court on the direct action against the insurer of the public administration civil liability) (Tribuna)*..... 2-10

LÓPEZ MAZA, S., *El fenómeno del juego y la apuesta plural a examen (The experience of group gaming and group betting under examination)*..... 11-44

LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *La naturaleza de las ganancias obtenidas en el juego de lotería por uno de los cónyuges constante la sociedad de gananciales (The nature of the winnings obtained in the lottery game by one of the spouses in community of property)*..... 45-68

LUQUIN BERGARECHE, R., *Medicina personalizada y uso secundario de datos de salud para fines de investigación: algunas cuestiones (Personalised medicine and secondary data analysis for research purposes: a few issues)*.....69-115

VICENTE MAMPEL, C., *“Nuevas” ayudas a la navegación y el régimen de responsabilidad civil por contaminación marina («New» navigational aids and the maritime pollution liability regime)*..... 116-154

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (VIII): enero – abril 2024*..... 155-172

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL
SUPREMO SOBRE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A LA ASEGURADORA
DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN**

*Case-law of the private law division of the spanish supreme court on the direct action
against the insurer of the public administration civil liability*

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

Cómo citar / Citation

Busto Lago, J. M. (2024).
Doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del Tribunal Supremo sobre la acción directa frente a la
aseguradora de responsabilidad civil de la Administración (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 8, pp. 2-10
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.54>

Resumen

En los últimos meses, la Sala de lo Civil del TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre distintos aspectos de la acción directa ejercitada frente a la entidad aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración Pública. En estas Sentencias, la Sala Civil perfila la vinculación de las resoluciones administrativas dictadas en el procedimiento de reconocimiento de responsabilidad de la Administración Pública, así como la viabilidad de iniciar el procedimiento civil ejercitando aquella acción cuando el procedimiento administrativo haya sido incoado de oficio y no haya resolución administrativa ¿firme? Niega la Sala Civil la viabilidad de una acción autónoma ejercitable por el perjudicado para obtener el cobro de los intereses moratorios del art. 20 LCS también en el caso en que la aseguradora no haya sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo.

Palabras clave

Acción directa; acción de regreso; intereses moratorios; responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; seguro de responsabilidad civil.

Abstract

These last months, the Private Law Division of the Spanish Supreme Court has ruled on different aspects of the direct action against the insurer of the Public Administration civil liability. In these rulings the Private Law Division outlined the binding effect of the administrative decisions adopted in the administrative proceeding conducted to recognise the Public Administration's liability, even when the proceeding had been initiated ex officio and although the decision is not ¿final?. The Private Law Division rejects the feasibility of an autonomous lawsuit filed by the victim before the civil courts aiming at being granted the interests accrued according to the special rate imposed by art. 20 of the Spanish Insurance Contract Act. This lack of feasibility applies even if the insurer did not take part in the process conducted before the administrative courts.

Key words

Direct action, return action, default interests, civil liability of the Public Administration, civil liability insurance.

En los últimos meses la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre distintas cuestiones en materia de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y, en particular, en relación con los efectos de las resoluciones dictadas en los expedientes administrativos de reconocimiento de responsabilidad civil (patrimonial) de las Administraciones Públicas en el procedimiento civil en el que el perjudicado ejercita la acción directa frente a la entidad aseguradora de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en el art. 76 de la LCS. La competencia objetiva del orden jurisdiccional civil para conocer de esta acción directa no puede ser cuestionada, habida cuenta de que las partes del procedimiento serán dos sujetos privados (art. 9.4 LOPJ, 2.e y 21.1.c de la LJCA) -sin perjuicio de la posibilidad de la intervención voluntaria de la Administración Pública, no demandada (*ex art. 13 de la LECiv y Auto Sala de Conflictos de Competencia 4/2013, de 12 de marzo [ECLI:ES:TS:2013:2888A]*), pero a la que resultará necesario imputar el daño si se pretende la responsabilidad solidaria de su aseguradora-, como tampoco la viabilidad misma de la acción. El art. 35 de la LRJSP no altera esta afirmación, en tanto que está dirigido a determinar el Derecho aplicable, pero no la jurisdicción competente (Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 2 de marzo de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:3581A]).

Pues bien, admitiendo estas premisas, mayoritariamente compartidas, quedaban sin resolver algunas cuestiones a las que ha venido a dar respuesta la Sala de lo Civil del TS en los últimos meses. Estas son las cuestiones y las respuestas de la Sala de lo Civil:

1ª) ¿Vincula al juez civil la resolución administrativa dictada en el procedimiento administrativo previo en el caso de ejercicio de la acción directa?

La estimación de la acción directa solo resulta posible si, previamente, se determina la existencia de un supuesto de responsabilidad civil (patrimonial) de la Administración Pública asegurada, de manera que, si no cabe la imputación de la responsabilidad civil conforme a las normas contempladas en los arts. 32 a 36 de la LRJSP o si la acción está prescrita, no resulta viable el ejercicio exitoso de la acción directa (STS 119/2022, de 15 de febrero [ECLI:ES:TS:2022:594]). La STS (Pleno de la

Sala de lo Civil) 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840) fue dictada en un supuesto en el que, con carácter previo a la interposición de demanda ejercitando la acción directa frente la entidad aseguradora de la Administración Pública, se había tramitado el expediente administrativo en orden al reconocimiento de la responsabilidad civil (patrimonial) de la Administración Pública asegurada, habiéndose reconocido la existencia de responsabilidad civil y cuantificado el importe de la indemnización en virtud de una resolución administrativa que devino firme (al no ser recurrida en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo). Antes de que se dictase esta resolución administrativa, el perjudicado presentó demanda ante los tribunales civiles reclamando una indemnización de importe superior al que finalmente fue reconocido por la Administración Pública en vía administrativa. Las sentencias dictadas en la primera (SJPI Madrid 67 de 29 de julio de 2015) y en la segunda instancia (SAP Madrid, Secc. 12ª, de 27 de junio de 2016 [Apelación 23/2016]) otorgaron parcialmente y de manera sustancial la razón al perjudicado demandante y, en consecuencia, condenaron a la entidad aseguradora de la Administración Pública demandada a abonar una indemnización de importe mayor al reconocido por la Administración Pública asegurada y que no es demandada (no puede serlo) ante los tribunales civiles. Finalmente, el asunto se plantea ante la Sala de lo Civil del TS, en virtud de los recursos formalizados tanto por los actores, como por la entidad aseguradora demandada, que estimó el recurso de casación de la aseguradora (y desestimó el formalizado por los perjudicados) poniendo el acento en las peculiaridades de la acción directa y su dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado (en este caso la Administración Pública). El TS casó la Sentencia recurrida y, con revocación de la dictada en la primera instancia, estima parcialmente la demanda, al quedar limitada la condena de la aseguradora demandada a la suma fijada en la resolución administrativa de reconocimiento de responsabilidad patrimonial, que devengará los intereses del art. 20 de la LCS. La «*ratio decidendi*» de esta STS radica en la consideración de que no se trata de que la jurisdicción civil esté vinculada por una suerte de cosa juzgada administrativa que solo se predica de las sentencias (*ex art. 222 de la LECiv*), sino que no puede exigirse a la aseguradora una responsabilidad mayor (en este caso, en cuanto a la cuantía de la indemnización) que la establecida para el asegurado. Comoquiera que, en este caso, la responsabilidad de la Administración asegurada estaba determinada en la resolución del expediente administrativo, la jurisdicción civil ya no puede tratar como cuestión prejudicial el asunto de la responsabilidad de la Administración y su cuantificación.

El Pleno de la Sala de lo Civil del TS reconoce y proclama el carácter vinculante de la resolución dictada en vía administrativa, de manera que, fijada en el expediente administrativo (con carácter firme) la responsabilidad de la Administración Pública asegurada y cuantificada ésta (determinado el importe de la indemnización), no cabe el ejercicio de la acción directa ante los órganos del orden jurisdiccional civil exclusivamente frente a la entidad aseguradora y con la pretensión de revisar (al alza) la indemnización acordada en el previo procedimiento administrativo en el que se ha ventilado la existencia y, en su caso, la cuantificación de la responsabilidad de la Administración Pública, habiéndose aquietado el perjudicado al contenido de esta resolución.

Con posterioridad la Sala de lo Civil aplicó la misma doctrina jurisprudencial y, en particular, los límites que de ella se derivan, en el caso de ejercicio de la acción directa, en sus Sentencias 579/2019, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3427) -confirmando también el criterio de la sentencia recurrida a tenor de la cual la mora en el pago por parte de la entidad aseguradora, a efectos de condena al pago de los intereses del art. 20 de la LCS solo procede computarla desde la fecha de la resolución dictada en el expediente administrativo de reconocimiento de responsabilidad-; 473/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2849) -ésta también del Pleno-; y 501/2020, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3172).

2ª) ¿Puede el perjudicado ejercitar la acción directa en el caso de una resolución administrativa desestimatoria previa?

El caso fue resuelto por la STS, Civil, 358/2021, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2122), conociendo de una acción directa en un supuesto en el que no existía un reconocimiento de la responsabilidad de la Administración Pública en la vía administrativa, siendo esta resolución desestimatoria. En este caso, el perjudicado inició una reclamación patrimonial frente a la Administración Pública sanitaria que terminó con una resolución desestimatoria. Antes de que tal resolución deviniera firme en vía administrativa, el perjudicado presentó una demanda frente a la entidad aseguradora en el orden jurisdiccional civil, ejercitando la acción directa, sin impugnar (ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo) que, en consecuencia, devino firme. La Sentencia dictada en la primera instancia (SJPI Madrid 92, de 16 de junio de 2017) desestimó la demanda, razonando que la existencia de una previa resolución administrativa firme, impide que pueda prosperar la acción directa ejercitada *ex art. 76 de*

la LCS. La admisión de esta posibilidad supondría, afirma, la apertura de una vía alternativa para impugnar la resolución administrativa firme. Recurrída en apelación, la SAP Madrid, Secc. 8ª, de 5 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:6072) consideró que la resolución administrativa no vinculaba a la jurisdicción civil –desde el punto de vista de la cosa juzgada- y reconoció la procedencia de indemnizar al perjudicado, estimando la acción directa ejercitada. Recurrída en casación por la entidad aseguradora demandada, la Sala de lo Civil del TS estimó el recurso de casación declarando que esa doctrina es también aplicable en el supuesto de que la Administración Pública haya declarado su falta de responsabilidad. También en el caso resuelto por la STS 119/2022, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:594) el perjudicado optó por formular reclamación por vía administrativa, promoviendo el correspondiente expediente de declaración de responsabilidad patrimonial contra la Administración Pública sanitaria, por considerar constitutiva de mala praxis la atención al parto recibida del servicio público de salud, siendo ésta desestimada en virtud de silencio administrativo negativo (art. 24.1.II de la LRJSP). Impugnada esta resolución administrativa (presunta -una vez transcurridos seis meses desde la fecha de inicio, sin que haya resolución expresa-) que puso fin al expediente administrativo ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la STSJ de Murcia 763/2015, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TSJMU:2015:2096), acogió el argumento de la Administración Pública demanda, desestimando el recurso interpuesto y declarando la existencia de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad a la Administración Pública por decurso del plazo de un año de que dispone el perjudicado para su ejercicio. La Sala de lo Civil del TS considera que, en estos casos, en los que existe un pronunciamiento jurisdiccional firme dictado en el orden contencioso-administrativo desestimatorio de la responsabilidad civil (patrimonial) de la Administración Pública asegurada, dictado por un órgano jurisdiccional competente para dirimir esta cuestión, no cabe promover la acción civil contra la compañía de seguros sobre los mismos hechos, pues no cabe declarar una responsabilidad de la compañía de seguros cuando se declaró la inexistencia de responsabilidad civil (patrimonial) de la Administración asegurada. Admitir esta posibilidad equivaldría a reconocer una suerte de vía para la fiscalización de lo resuelto en vía contencioso-administrativa por los tribunales del orden jurisdiccional civil. La STS, Civil, 169/2024, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:702), viene a confirmar esta doctrina jurisprudencial.

3ª) *¿Puede la entidad aseguradora discutir la existencia de responsabilidad civil (patrimonial) en el procedimiento civil?*

Las entidades aseguradoras de la responsabilidad civil (patrimonial) de las Administraciones Públicas están legitimadas activamente para impugnar en sede jurisdiccional -y previamente, en vía administrativa- los acuerdos o resoluciones administrativas de reconocimiento de tal responsabilidad (incoados a instancia del perjudicado o de oficio), pues estos tienen carácter de acto administrativo y los derechos e intereses de las entidades aseguradoras se ven directamente afectados por ellos. La previsión del art. 21.1.c) de la LJCA acerca de la comparecencia de las entidades aseguradoras como codemandadas de la Administración en procesos sobre responsabilidad patrimonial no permite amparar una conclusión contraria.

La vinculación de las resoluciones administrativas para los tribunales civiles pone de manifiesto la relevancia de que las entidades aseguradoras de responsabilidad de las Administraciones Públicas verifiquen la existencia, o no, de un expediente administrativo previo y su resultado, pues de éste puede depender que estén facultadas para esgrimir un motivo de oposición capital para lograr la desestimación de la demanda interpuesta exclusivamente frente a ellas.

4ª) *En el caso de que el procedimiento de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial haya sido incoado de oficio, si se ha dictado una resolución firme ¿puede el perjudicado ejercitar la acción directa?*

La doctrina jurisprudencial comentada previamente dejaba una cuestión pendiente cual es la atinente a si la resolución dictada en vía administrativa vincula también a los tribunales del orden en aquellos casos en los que el procedimiento de responsabilidad patrimonial haya sido incoado de oficio por la Administración Pública pretendidamente responsable del daño. Esta cuestión fue planteada en el caso resuelto por la STS 1519/2023, de 6 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4658), en el que la Administración Pública sanitaria incoó de oficio el expediente de reconocimiento de responsabilidad patrimonial, dictando resolución desestimatoria. Las circunstancias de hecho que resultan relevantes en el caso radican en que los perjudicados no se personaron en el expediente de responsabilidad patrimonial y formalizaron la demanda ejercitando la acción directa antes de que se dictase la resolución administrativa. La Administración sanitaria si intervino por el cauce del art. 13 de la LECiv en el procedimiento civil, pero esta circunstancia no es relevante. La STS estima la acción ejercitada (confirma la SAP

Barcelona, Secc. 17ª, 670/2018, de 19 de septiembre [ECLI:ES:APB:2018:12226], revocatoria de la dictada en la primera instancia), haciéndolo sobre tres argumentos esenciales: a) Cuando se ejercitó la acción directa no se había dictado la resolución administrativa, produciéndose un supuesto de «*perpetuatio iurisdictionis*» en el momento en que se dicta, de conformidad con el bocado «*pendente lite, nihil innovatur*». b) El perjudicado impugnó la resolución administrativa "ad cautelam" e instó la suspensión del procedimiento contencioso-administrativo. c) La intervención voluntaria de la Administración en el procedimiento civil no es óbice a la competencia de este orden jurisdiccional.

La referida STS ha sido citada en el sentido de que los tribunales del orden civil podrán conocer de la acción directa en aquellos casos en los que el procedimiento de reconocimiento de la responsabilidad civil / patrimonial se haya incoado de oficio, pero esta afirmación es incorrecta, en tanto que la resolución del TS previsiblemente hubiese sido desestimatoria si la resolución administrativa hubiese alcanzado firmeza en el momento de interposición de la demanda ejercitando la acción directa. Afirmar otra cosa no es compatible con la doctrina jurisprudencial que emana de las SSTS 321/2019 y 358/2021.

6ª) ¿Qué ocurre en los supuestos en los que mientras se tramita el procedimiento administrativo de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, se inicia el procedimiento civil frente a la entidad aseguradora?

La STS 1519/2023, de 6 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4658) ampara que se invoque el principio de «*perpetuatio iurisdictionis*» manteniéndose la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la acción directa en aquellos casos en los que no exista una resolución administrativa previa y firme en el momento de formalización de la demanda ejercitando la acción civil (estaríamos en presencia de una cuestión prejudicial no devolutiva *ex art. 42 de la LECiv*). Por el contrario, si encontrándose en tramitación un procedimiento contencioso-administrativo incoado en virtud de demanda ejercitada por un perjudicado por una actuación de una Administración Pública, habiendo demandado exclusivamente a ésta, promueve una demanda ejercitando la acción directa frente a la entidad aseguradora, que no ha sido codemandada en el procedimiento contencioso-administrativo, nos encontraremos en presencia de un supuesto propio de una cuestión prejudicial devolutiva.

7ª) ¿Puede intervenir el personal al servicio de la Administración Pública -y sus aseguradoras-?

Aun siendo evidente que existe o puede existir un interés del personal al servicio de la Administración Pública -y de sus propias aseguradoras- en intervenir en el procedimiento contencioso-administrativo en el que se ventila la existencia de responsabilidad civil de la Administración, no existe una previsión procesal que la ampare, salvo que se entienda supletoriamente aplicable (*ex* DF 1ª LJCA) la intervención voluntaria o adhesiva del art. 13 de la LECiv, que es el precepto que sí ampara su intervención en el procedimiento civil en el que se ventile la acción directa.

8ª) ¿Puede ejercitar la entidad aseguradora que ha indemnizado al perjudicado la acción de regreso frente al personal al servicio de la Administración Pública?

El art. 43.III de la LCS señala que no cabe la subrogación de la aseguradora frente a personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado de acuerdo con la ley (lo que acontece en el caso que nos ocupa, *ex* arts. 32.1 y 36.1 LRSP), si bien esta regla tiene dos excepciones: si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad civil está amparada por un contrato de seguro, en cuyo caso la subrogación está limitada a su alcance. En consecuencia, son dos los supuestos en los que es viable la subrogación (acción de regreso frente a la aseguradora del personal al servicio de la Administración Pública): actuación dolosa o cuando el personal tenga concertado su propio seguro de responsabilidad civil.

9ª) ¿Es posible que el perjudicado se dirija en la vía civil exclusivamente ejercitando una acción autónoma frente a la aseguradora de la responsabilidad de la Administración Pública para exigirle el pago de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS?

Frente al parecer que resulta de la STS 71/2014, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:625), las SSTS 473/2020, de 17 de septiembre -Pleno Civil- y 501/2020, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3172) consideran que no cabe el ejercicio autónomo de la acción frente a la entidad aseguradora para exigirle el pago de los intereses moratorios *ex* art. 20 de la LCS, una vez fijada la responsabilidad de su asegurada en el orden contencioso-administrativo. Señala la Sala Civil que no hay mora de la entidad asegurada si se optó por no demandarla y seguir el procedimiento únicamente frente a la Administración asegurada. Evidente resulta que esta doctrina supone privar al perjudicado

de un derecho que le otorga una norma imperativa como la invocada y que, en estos casos, ordinariamente no podrá considerarse que concurra un caso de retraso en el pago por concurrencia de una justa causa no imputable a la aseguradora. Existen sobrados argumentos para argumentar la viabilidad de aquella acción cuando la aseguradora no haya sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo; al tiempo que estos son contundentes para que los tribunales de este orden jurisdiccional apliquen aquella norma, incluso de oficio, pues se trata de una norma imperativa (no disponible contractualmente, salvo en el seguro de grandes riesgos) y no está pensada para procedimientos de uno u otro orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso-administrativo o laboral), sino para impeler a las entidades aseguradoras a cumplir tempestivamente con sus obligaciones contractuales (arts. 18, 20 y 28 de la LCS). En consecuencia debe considerarse existente un acción autónoma para cuyo conocimiento serán competentes los órganos jurisdiccionales del orden civil, no resultando extensible a esta cuestión los efectos de una resolución administrativa o contencioso-administrativa (limitándose así los efectos y el alcance de las resoluciones administrativas que reconocen, *v.gr.*, las citadas SSTS 321/2019 y 358/2021), excepción hecha, claro está, por los efectos propios de la cosa juzgada negativa, que la entidad aseguradora haya sido parte del procedimiento contencioso-administrativo y la sentencia dictada en este orden jurisdiccional, de manera adecuada a Derecho, o no, haya resuelto su improcedencia.

EL FENÓMENO DEL JUEGO Y LA APUESTA GRUPAL A EXAMEN

The experience of group gaming and group betting under examination

SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA

sebastian.lopez@uam.es

Prof. Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar / Citation

López Maza, S. (2024).

El fenómeno del juego y la apuesta plural a examen

Cuadernos de Derecho Privado, 8, pp. 11-44

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.55>

(Recepción: 19/03/2024; aceptación: 29/04/2024; publicación: 30/04/2024)

Resumen

No es infrecuente el caso en el que una persona decide participar, junto con otras, en un juego o apuesta, movida, en la mayoría de los casos, por una relación de amistad, familiar o de afinidad. Ese juego o apuesta conjunta se puede articular directamente a través del propio boleto o décimo oficial, o bien mediante la emisión de participaciones. Las vías que permiten, dentro de cada modalidad, la intervención de varios jugadores o apostantes son variadas: el contrato de lotería, las peñas para jugar, las sociedades para jugar o las comunidades de juego. En todos estos casos se plantean complejos problemas, como determinar si hubo o no acuerdo para compartir el premio o si se excluye a aquella persona que no pagó a tiempo su participación en el juego o la apuesta, entre otros. Ante la parquedad de las normas, la labor de la jurisprudencia, incluida la llamada “jurisprudencia menor”, resulta fundamental para su resolución.

Palabras clave

Juego; apuesta; participaciones; sociedad; peña

Abstract

It is not uncommon for a person to decide to participate, along with others, in a game or bet, often motivated by a relationship of friendship, family, or affinity. This joint game or bet can be organized directly through the official ticket, or by issuing shares. The ways allowing multiple players or bettors to participate within each modality are varied: lottery contracts, gaming clubs, gaming partnerships, or gaming communities. In all these cases, complex issues arise, such as determining whether there was an agreement to share the prize or if the person who did not pay their participation in the game or bet on time is excluded, among others. Given the scarcity of regulations, the role of case law, including the judgments of the Courts of Appeal, is essential for its resolution.

Key words

Game; bet; shares; company for gambling; club for gambling

SUMARIO:

I.- MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN CONJUNTA. I.1.- Determinación de las modalidades de participación grupal: semejanzas y diferencias. I.2.- El rol de la persona encargada de adquirir el billete o décimo oficial. II.- EL JUEGO CONJUNTO MEDIANTE EL DÉCIMO O BOLETO OFICIAL. II.1.- La sociedad para jugar. II.2.- La comunidad para jugar. II.3.- La participación conjunta en el seno de matrimonios. III.- EL JUEGO CONJUNTO MEDIANTE PARTICIPACIONES. III.1.- El contrato de lotería. III.2.- Las peñas de juego. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN CONJUNTA

I.1. Determinación de las modalidades de participación grupal: semejanzas y diferencias

En un juego o en una apuesta no necesariamente uno tiene que participar a título individual. Es posible que varias personas se pongan de acuerdo para tomar parte de manera conjunta. Estos participantes no juegan o apuestan entre ellos, sino de manera grupal frente al organizador o frente a quien tiene relación con el organizador. El juego plural se puede organizar a través de dos medios: 1) mediante el décimo o billete oficial directamente; 2) mediante las denominadas «participaciones»¹. Dentro del primero, es posible distinguir, a su vez, entre la comunidad para jugar y la sociedad para jugar. En estos casos, varias personas deciden participar conjuntamente de manera puntual en un juego o apuesta (comunidad para jugar) o se obligan a participar conjunta y periódicamente en juegos o apuestas y también a aportar una determinada cantidad para poder participar (sociedad para jugar). En el marco del segundo supuesto, se puede articular el juego conjunto a través del contrato de lotería o a través de las peñas para jugar, esto es, el acuerdo conforme al cual un grupo de personas fija las reglas que se aplicarán a la celebración de contratos de juego y apuesta que ofrecen a terceros.

La diferencia fundamental entre ambos casos es que, en el supuesto 1 (participación grupal directamente a través del décimo o billete oficial), se produce la celebración de un contrato de juego y apuesta directamente entre el organizador y varios participantes conjuntamente. En cambio, en el supuesto 2 (participación grupal mediante participaciones) el contrato de juego y apuesta tiene lugar entre el organizador y el adquirente del boleto o billete oficial, que será una persona física individualmente

¹ Distinguen también entre sociedad, peñas y participación, Peña López (2020: 4693) y Algarra Prats (2012: 141).

considerada o una peña, entregándose después participaciones a quienes quieran participar. Ese contrato que liga a los distintos participantes no es un contrato de juego o apuesta, sino un contrato distinto. Podría decirse que, en el supuesto 2, se producen dos niveles contractuales²: a) el propio contrato de juego y apuesta con el organizador del mismo; b) el contrato entre los participantes y el emisor de las participaciones.

El nexo común a todas estas modalidades es el juego o la apuesta. Por tanto, conviene detenerse, siquiera brevemente, en las características del juego y la apuesta, así como en el contrato que los tienen por objeto. El juego es definido en el artículo 3.a) Ley 13/2011 como toda actividad en la que se arriesgan cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma -los premios pueden ser en metálico o en especie- sobre resultados futuros e inciertos, dependientes en alguna medida del azar, y que permiten su transferencia entre sus participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sea exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar. Varias son las notas que caracterizan al juego regulado por el legislador. En primer lugar, debe arriesgarse un bien, que puede consistir en dinero o cualquier otro evaluable económicamente (ej.: un coche), pero, en cualquier caso, deben ser susceptibles de transferencia entre los jugadores -esto es, un jugador no puede arriesgar un bien del que no tenga la facultad de disposición, pues no se cumpliría este requisito-. Quedarían fuera, por tanto, aquellos juegos donde no se arriesga nada, donde no prevalece el ánimo de obtener un premio, sino el puro entretenimiento. En segundo lugar, el resultado del juego debe depender de un acontecimiento futuro e incierto. Y, en tercer lugar, la producción de ese acontecimiento puede depender de la destreza de los jugadores o exclusivamente del azar o de la suerte.

Por su parte, la apuesta es aquella actividad de juego en la que se arriesgan cantidades de dinero sobre los resultados de un acontecimiento previamente determinado, cuyo desenlace es incierto y ajeno a los participantes, determinándose la cuantía del premio en función de las cantidades arriesgadas y otros factores fijados previamente en la regulación de la concreta modalidad de apuesta [art. 3.c) Ley 13/2011]. Las diferencias con el juego son las siguientes. En primer lugar, lo que se arriesga debe ser dinero, no cabe arriesgar otros objetos por muy económicamente evaluables que sean. En segundo lugar, la obtención del premio no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino única y exclusivamente de un acontecimiento ajeno a ellos e incierto (ej.: el resultado

² Peña López (2020: 4693).

de un evento deportivo o de una carrera de caballos). También aquí el azar juega un papel fundamental, como contrato aleatorio que es. Y, en tercer lugar, la cuantía del premio puede no estar fijada desde el principio, pues dependerá del dinero que haya apostado el resto de los participantes.

Tanto el juego como la apuesta pueden constituir contratos, caracterizados por las siguientes notas. Se trata de contratos aleatorios, en la medida en que el resultado depende de un acontecimiento incierto, tal como define de manera general el artículo 1790 CC. La incertidumbre típica del contrato de juego o apuesta puede recaer sobre el objeto del que se hace depender el juego o la apuesta (ej.: el resultado de un determinado evento deportivo, el número de un sorteo) o sobre la cuantía del premio³. Por otro lado, son contratos bilaterales por dos razones: 1) porque surgen derechos y obligaciones para ambas partes (el perdedor se obliga a realizar una prestación o el pago del precio en determinados juegos); 2) porque ambas partes se obligan a someterse a un riesgo que implica la probabilidad de una pérdida o de una ganancia⁴. Además, son contratos eminentemente onerosos, ya que lo obtenido no se gana gratuitamente, sino como contraprestación por el riesgo asumido por las partes, consistente en tener que entregar una cantidad de dinero o una cosa a la otra parte en caso de que ésta gane⁵. No obstante, también es posible la gratuidad, como ocurre en la apuesta unilateral⁶. Finalmente, el contrato es esencialmente consensual⁷, si bien hay supuestos en los que resulta necesaria la entrega de un pronóstico o de un boleto o billete para la perfección del contrato, lo que puede convertirlos en un contrato real⁸. En el marco del juego o apuesta plural, de manera aneja a éste, se celebran, además, otros contratos, como puede ser el contrato de sociedad, el contrato de lotería, el contrato de depósito o el contrato de mandato.

En definitiva, la sociedad y la comunidad para jugar, las peñas de juego y el contrato de lotería son modalidades que permiten participar en juegos y apuestas a un

³ Peña López indica que el riesgo que genera el *alea* contractual no afecta al equilibrio de las prestaciones, sino a la intensidad con la que finalmente resultará empobrecido el patrimonio de una de las partes para enriquecer el de la otra (Peña López: 4693).

⁴ Llobet Aguado (1993: 769), Guilarte Zapatero (1982: 325), Riera Aísa (1968: 847), Traviesas (1917: 276), Echevarría de Rada (1996: 90).

⁵ Riera Aísa (1968: 847), Alcaín Martínez (2006: 625), Echevarría de Rada (1996: 91).

⁶ De Castro y Bravo (1985: 273-274).

⁷ Puig Peña (1973: 554), Riera Aísa (1968: 847), Alcaín Martínez (2006: 625), Echevarría de Rada (1996: 133).

⁸ Bercovitz Rodríguez-Cano (1993: 59). De contrato real califica la STS de 24 de noviembre de 1992 (RJA 1992/9371), al concertado entre un apostante y la LAE para participar en el juego de la Lotería Primitiva. El TS entendió que es la entrega del boleto o documento en el que consta el pronóstico del apostante el que determina la perfección y no la entrega del dinero.

coste menor, pues se divide entre varias personas el precio. No obstante, el premio que se recibe, en caso de resultar agraciados, es también menor que si se participara directamente con el organizador del juego o la apuesta a título individual. Además, en todas ellas se suelen establecer normas para regular la relación entre los distintos participantes, que tienen que ver con el plazo para el pago del premio, la periodicidad en la participación en juegos y apuestas, o las consecuencias aplicables en caso de impago de la participación, entre otras. Asimismo, en las peñas y en las sociedades para jugar, se suele establecer una cuota que deberá abonarse para participar en los juegos o apuestas formalizados a través de ellas, produciéndose el problema de determinar si cabe excluir o no a dicha persona en el reparto del premio en caso de no pagarla. Finalmente, en los casos de comunidad para jugar o del contrato de lotería, puede ocurrir que la inclusión de una persona en el juego o apuesta se produzca sin contraprestación (ej.: una persona regala a otra una participación en un décimo que ha adquirido).

I.2. El rol de la persona encargada de adquirir el billete o décimo oficial

Una cuestión común a todos estos casos de participación conjunta en juegos o apuesta es que siempre hay una persona encargada de adquirir el boleto o décimo oficial, que después compartirá con los demás. A veces, incluso, recibe instrucciones sobre el lugar donde adquirirlo y el pronóstico concreto al que debe jugar. Dicha persona se convierte en mandataria y a ella le resultan aplicables todas las obligaciones propias del mandatario (arts. 1718 y ss. CC). En consecuencia, responderá de los daños que ocasione si no llega a adquirir el décimo o boleto, o si no sigue las instrucciones otorgadas por el resto de los participantes (SAP Valencia de 2 de marzo de 2012, supuesto en el que se aplicó el artículo 1726 CC por haber actuado con dolo la persona encargada de la adquisición del décimo, al haber hecho creer al resto de participantes que el décimo estaba premiado con una cuantía menor de la real, privándoles de las ganancias en el juego⁹).

Si el mandatario no recibe instrucciones sobre el número a adquirir, podría darse la circunstancia de que dicha persona compra dos boletos, uno para sí misma y otro para compartir, y uno de ellos resulta premiado. A falta de instrucciones por parte del mandante, estará obligado a actuar conforme haría un buen padre de familia, según la naturaleza del negocio (art. 1719 CC). Por tanto, dado que el valor de los décimos adquiridos puede ser distinto antes y después de celebrado el sorteo -antes su valor será

⁹ AC 2012/733.

el nominal y después, en caso de estar agraciado, con el valor del premio-, el momento de la rendición de cuentas es fundamental. En consecuencia, para evitar conflictos, antes de celebrarse el juego o la puesta, el mandatario debería rendir cuentas de cuál es el número que va a compartir con el resto de los participantes (*vid.* art. 1720 CC). En caso contrario, surgirá su responsabilidad frente a éstos (SAP Málaga 22 de septiembre de 2003¹⁰).

Asimismo, esa persona responsable de adquirir el décimo o boleto oficial constituye un depositario de un título al portador, con una expectativa de ser premiado con una cantidad de dinero. Esto le obliga a su custodia, al menos, hasta que se celebre el juego o la apuesta y se sepa si está o no premiado -de estarlo, dicha obligación se extenderá hasta el cobro efectivo del premio-. Por tanto, le resultan aplicables las obligaciones propias de esta figura jurídica, recogidas en los artículos 1766 y siguientes CC. Aquel que asuma la obligación de custodiar el billete o décimo oficial deberá hacerlo con diligencia, respondiendo contractualmente frente al resto de personas por los daños y perjuicios que pudiera ocasionarles su extravío, destrucción o no cobro, siempre que sea a él imputable (arts. 1101 y 1104 CC)¹¹. Asimismo, si el décimo o billete ha sido agraciado, el adquirente se convierte el depositario de la cantidad en que consista el premio hasta que se haya pagado a cada participante la cuota que le corresponda.

Con todo, téngase en cuenta que, en principio, la pérdida o destrucción del billete o décimo oficial no genera automáticamente la responsabilidad de ese depositario, pues la jurisprudencia tiene dicho que, en estos casos, no cabe negar el derecho al premio si, por otras vías, es posible acreditar el haber sido poseedor del mismo y el hecho de su extravío, y si nadie más se ha presentado al cobro de la parte del premio correspondiente a dicho boleto o décimo dentro del plazo otorgado a estos efectos (SSTS de 10 de marzo de 2009, de 11 de julio de 2006, de 11 de noviembre de 1994, de 13 de julio de 1990, de 2 de noviembre de 1987 y de 25 de septiembre de 1957¹²). Produciéndose ambas cosas, el organizador estará obligado al pago del premio. Y ello por dos motivos: 1) razones de equidad; 2) porque, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto del organizador, lucrándose con la pérdida de los billetes o boletos premiados. Según el TS,

¹⁰ JUR 2003/243401.

¹¹ Según Rubio Garrido, se trata de un caso de coposesión, en el que un socio queda en posesión inmediata del título-valor y el resto de socios mantienen la posesión mediata. *Vid.* Rubio Garrido (2000: 1333).

¹² RJA 2009/2752, RJA 2006/6000, RJA 1994/8442, RJA 1990/6153, RJA 1987/7765 y RJA 1957/2824, respectivamente.

aunque la normativa reguladora de cada juego o apuesta exija la presentación del documento oficial, no se puede hacer de ella una interpretación rígida y absoluta.

Al tratarse de un título compartido proindiviso, una vez cobrado, a su condición de depositario se le suma también la de gestor de cobro y responsable del reparto. Si dicha persona se apropia del décimo y boleto incumpliendo estas obligaciones y, en particular, sin compartir el premio con el resto de los participantes, estará cometiendo un delito de apropiación indebida, recogido en el artículo 253 CP (SSTS de 4 de diciembre de 2019, de 22 de febrero de 2016, de 11 de junio de 2013, de 6 de octubre de 2010, de 20 de noviembre de 2007, de 9 de marzo de 2007, y de 3 de julio de 2006¹³; SAP Badajoz de 29 de junio de 2022¹⁴). Se cumplen aquí todos los requisitos del tipo penal: a) la recepción por una persona de dinero de forma legítima; b) el objeto que recibe no es a título de propiedad, sino en virtud de un título jurídico que le obliga a devolverlo o a entregarlo a otra persona; c) una conducta de apoderamiento en beneficio propio con ánimo de lucro; d) esa conducta produce un perjuicio patrimonial en otra persona. A los efectos de apreciar la existencia del delito de apropiación indebida en estos casos, es irrelevante si anteriormente entre las partes había costumbre de participar conjuntamente en juegos o apuestas. Además, cabría plantearse la aplicación de la agravante prevista en el artículo 250.1.6 CP cuando se comete este delito prevaliéndose de la relación personal existente entre la víctima y el defraudador. Sin embargo, las sentencias antes señaladas exigen un plus que haga de mayor gravedad el quebrantamiento de la confianza implícita en este tipo de conductas. Es decir, sería necesario que las partes, con base en esa confianza, no hayan adoptado garantías adicionales para asegurar el pago del premio (ej.: un documento firmado por las dos partes donde conste la participación que tienen en el premio).

II. EL JUEGO CONJUNTO MEDIANTE EL DÉCIMO O BOLETO OFICIAL

El juego plural a través del décimo o billete oficial se puede desarrollar a través de una sociedad para jugar o mediante una comunidad para jugar. La diferencia fundamental entre uno y otro medio es que exista una *affectio societatis* y una intención de que el pacto de jugar o apostar se prolongue en el tiempo, esto es, que dicho pacto contemple la periodicidad en la participación en juegos o apuestas. En ambos casos, el billete o décimo suele quedarse en manos de una única persona, que, como se ha indicado,

¹³ RJA 2019/5002, RJA 2016/557, RJA 2013/4651, RJA 2010/7312, RJA 2007/8273, RJA 2007/1781 y RJA 2006/3986, respectivamente.

¹⁴ JUR 2023/319830.

actuará como depositario. Dicho documento oficial constituye un título al portador y un título de legitimación, por lo que el organizador del juego o la apuesta estará obligado a pagar el premio a quien lo presente al cobro, siempre que lo haga dentro de los plazos establecidos en la normativa reguladora. Por tanto, no cualquiera de los participantes podrá solicitar al organizador el pago de lo ganado, sino únicamente aquel que posea ese título de legitimación en que consiste el boleto o décimo. Producido el abono del premio al poseedor del título, el resto de los participantes tendrá una acción de regreso frente a la persona que lo ha cobrado, conforme a la cuota que hubieran aportado.

II.1. La sociedad para jugar

En la sociedad para jugar, varias personas acuerdan compartir ganancias y pérdidas en los contratos de juego y apuesta periódicos que celebren¹⁵. Se producen, por tanto, dos contratos: 1) el contrato de juego y apuesta propiamente dicho; 2) el contrato de sociedad, distinto del anterior¹⁶. La relación interna entre las partes de este segundo contrato y su funcionamiento no se rige por los artículos 1798 y siguientes del CC (*Del juego y de la apuesta*), sino, en primer lugar, por los pactos que acuerden los socios y, con carácter supletorio, el régimen de la sociedad civil (arts. 1665 y ss. CC)¹⁷. No obstante, se trata de una sociedad con unas características peculiares: a) en la mayoría de los casos, carecerá de personalidad, por lo que estaremos ante una sociedad irregular o de hecho (STS de 6 de marzo de 1992¹⁸); b) sus pactos solamente vinculan a sus socios; c) éstos son siempre las mismas personas, pues esta sociedad tiene un marcado carácter *intuitu personae*¹⁹; d) se produce una actividad conjunta y duradera orientada a la obtención de un beneficio común; e) existe un ánimo de lucro; f) cada integrante de la sociedad tiene legitimación para reclamar a las ganancias obtenidas a aquel que haya obtenido el cobro del premio²⁰.

Existirá un patrimonio común, formado por las aportaciones periódicas a las que están obligados los socios y que se utilizarán para celebrar, por cuenta de la sociedad, contratos de juego y apuesta con un organizador. De obtenerse el premio, su cuantía

¹⁵ Algarra Prats (2012: 147).

¹⁶ Rubio Garrido (2000: 1330-1332), González Pacanowska (2007: 763), Peña López (2020: 4699), Algarra Prats (2012: 147).

¹⁷ Llobet Aguado (1993: 786), Echevarría de Rada (1996: 239), Guilarte Zapatero (1982: 365).

¹⁸ RJA 1992/2398.

¹⁹ Según Echevarría de Rada, se trata éste de un requisito trascendental, sin el cual no habría sociedad. *Vid.* Echevarría de Rada (1996: 241-242).

²⁰ Guilarte Zapatero (1982: 365), Llobet Aguado (1993: 786).

constituiría un beneficio social a repartir entre ellos, según los pactos a que hayan llegado. A falta de pacto, se dividirá en proporción a las aportaciones (art. 1689 CC). La sociedad, además, tendrá unas reglas organizativas. Los socios decidirán quién adquiere el boleto, quién lo valida, quién elige el número o pronóstico con el que participar, quién rellena el boleto, quién se queda en posesión del mismo o quién se encarga de acudir a cobrar el premio, entre otros extremos.

El acuerdo social puede tener una duración variable. Se puede determinar un período determinado de tiempo (ej.: jugar a la Quiniela durante toda la temporada de fútbol 2024/2025). La sociedad se extinguiría *ipso iure* una vez que concluye el plazo (art. 1700.1º CC), si bien cabría una prórroga antes de que éste finalizara. Igualmente, se puede acordar que la sociedad dure por tiempo indefinido (ej.: unos familiares deciden jugar semanalmente a un determinado número de lotería). En este caso, cualquiera de los socios podría disolver unilateralmente la sociedad, produciendo la extinción del contrato conforme al artículo 1705 CC (SAP Madrid de 31 de marzo de 2009²¹).

En los casos de sociedades para jugar, se pueden producir varios problemas. En primer lugar, la atribución en exclusiva a sí mismo, por uno de los socios, del décimo premiado. Se planteó este caso en la SAP Asturias de 12 marzo 2001 y en la SAP Málaga de 9 de abril de 1999²². El socio que ha adquirido varios décimos para la sociedad no puede decidir quién se queda con cada uno. La sociedad participa con todos los décimos -todos son de todos-, sin que se pueda atribuir, salvo pacto, uno concreto a cada socio. El adquirente no puede separar los cupones si no hay un acuerdo entre los socios para individualizar el concreto boleto con el que juega cada uno. Las ganancias y las pérdidas son conjuntas.

En segundo lugar, se plantean problemas de prueba con respecto al acuerdo de reparto del premio, en cuanto a su existencia y en cuanto a su contenido. Para constituir la sociedad para jugar no es necesaria ninguna forma especial (art. 1667 CC). Siendo así, resulta muy complejo a veces acreditar que, sobre el décimo o boleto premiado, existía un pacto para participar conjuntamente y para compartir la cantidad ganada. La inexistencia en estos casos de documentación provoca la incertidumbre sobre la existencia de dicho acuerdo. Téngase en cuenta que, con carácter general, esos acuerdos de participación conjunta en juegos y apuestas están basados en la confianza, pues se

²¹ AC 2009/933.

²² AC 2001/1118 y AC 1999/1217, respectivamente.

producen en el marco de relaciones familiares o de amistad, por lo que no suelen documentarse por escrito²³.

Los tribunales se suelen basar en la prueba de confesión, el interrogatorio o la prueba testifical. En cuanto a esto último, a veces los tribunales han tenido en cuenta el testimonio de los participantes (STS de 20 de junio de 2000²⁴) o de testigos (SAP Tarragona de 16 de octubre de 2002²⁵). En cambio, en otros casos no se consideró la prueba testifical, por entender que los testigos no ofrecían plenas garantías de credibilidad (SAP Navarra de 18 de junio de 2001 y SAP Murcia de 28 de octubre de 1999²⁶).

Lo más frecuente en estos casos es que la prueba esté basada en indicios o elementos circunstanciales. Así, por ejemplo, es importante determinar si existía o no una práctica habitual entre esas partes de participar en juegos o apuestas y compartir el premio. Si antes de conseguir el premio, quedó acreditado que habían jugado habitualmente de forma conjunta, se deduce que también jugaban de ese modo en el sorteo en el que se consiguió el premio. En estos casos, la carga de demostrar la extinción del acuerdo corresponde a quien la alegue (SAP Málaga de 9 de abril de 1999²⁷). En la STS de 11 de marzo de 1991, los socios llegaron a acudir a un Notario para levantar acta de que todos jugaban habitualmente, ante la negativa, ya desde el principio, del adquirente del décimo a compartir el premio²⁸.

En la sentencia de 31 de marzo de 1999, la AP Cuenca consideró que el acuerdo verbal entre las partes de jugar semanalmente y a medias un billete de Lotería Nacional a un número determinado había quedado tácitamente extinguido por desistimiento unilateral de una de ellas por los siguientes motivos: a) porque tres años de conseguirse el premio, el reclamante del premio había pasado a vivir a otra provincia, sin que, en ningún momento, se preocupara por el número de lotería al que jugaba la otra parte ni haber manifestado su deseo de continuar jugando a medias; b) en la administración de lotería, el poseedor del décimo había dado de baja al reclamante ausente²⁹.

En tercer lugar, en el marco de las sociedades para jugar surge el problema relativo al socio que no ha realizado su aportación en tiempo y forma y es excluido de las ganancias. El incumplimiento de la obligación de realizar las aportaciones en tiempo y en

²³ González Pacanowska (2007: 763).

²⁴ RJA 2000/5296.

²⁵ JUR 2003/11227.

²⁶ JUR 2001/228961 y JUR 2000/31150, respectivamente.

²⁷ AC 1999/1217.

²⁸ RJA 1991/2214.

²⁹ AC 1999/795.

forma no puede dar lugar a la exclusión de la participación en un juego o apuesta, sobre todo si concurre alguna causa justificativa y si la sociedad ha seguido funcionando a pesar de este retraso -menos aún si se decide tras haberse celebrado el juego o la apuesta y resultado premiada la sociedad-³⁰. La falta de realización de la aportación periódica, más bien, debería conllevar una responsabilidad por mora, permitiendo a la sociedad exigir al socio su entrega y los intereses que correspondan (art. 1682 CC) o, llegado el caso, la resolución del contrato de sociedad. El propio artículo 1707 CC permite que, por la sola voluntad de un socio, y siempre que concurra un motivo justo, se pueda solicitar la disolución de la sociedad. Con todo, alguna sentencia ha negado el derecho al premio del socio que no pagó en tiempo su cuota de participación, por ser la manera de proceder habitual para participar en el sorteo (SAP Castellón de 7 de mayo de 2002³¹).

Y, en cuarto lugar, se discute sobre la aplicación del acuerdo societario a otros premios conseguidos por uno de los socios. En particular, se trata de determinar si dicho acuerdo cubriría también las ganancias que uno de ellos pudiera recibir no porque el boleto que tiene en su poder esté premiado, sino por otras circunstancias (ej.: piénsese que el adquirente del boleto, al no resultar premiado, ha sido obsequiado con un lote de libros). En principio, el acuerdo societario únicamente se refiere a los premios que derivan directamente de la participación en el juego o apuesta, no a las ganancias accesorias que se pudieran conseguir como consecuencia de participar en ellos (STS de 11 de febrero de 1999, sobre un caso donde la adquisición del décimo había permitido a una de las socias participar en un concurso televisivo, en el que había ganado un premio³²). Entenderlo de otra forma sería contrario al artículo 1283 CC y no se adecuaría a la voluntad de las partes al constituir la sociedad. La expansión de deberes al amparo del artículo 1258 CC debe ser lo más restringida posible, pues, conforme al artículo 1283 CC, en los términos de un contrato no deben entenderse comprendidas cosas distintas a aquellas sobre las que los interesados se propusieron contratar. Por tanto, el poseedor del boleto no premiado no tendría que compartir con el resto de socios el premio accesorio que pudiera obtener.

II.2. La comunidad para jugar

Cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en compartir el premio de un décimo o billete oficial sin una vocación de continuidad en la participación en juegos o

³⁰ Peña López (2020: 4700).

³¹ JUR 2002/207351.

³² RJA 1999/652.

apuestas y sin una *affectio societatis*, se produce una comunidad para jugar. Las partes acuerdan participar en un juego o apuesta determinado (ej.: el sorteo de la Lotería de Navidad de este año). Celebrado el sorteo y, llegado el caso, repartido el premio, acabaría la comunidad, por lo que, si quisieran participar conjuntamente en otro juego o apuesta, tendría que adoptar un nuevo acuerdo, pues no hay una voluntad de continuidad. En estos casos, la relación entre los participantes se regirá por las normas sobre comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC) y la relación con el organizador del juego o la apuesta por las normas sobre obligaciones con pluralidad de sujetos (arts. 1137 y ss. CC).

Al igual que ocurre en la sociedad para jugar, el principal problema que se plantea aquí tiene que ver con la prueba de la existencia de un pacto para repartir el premio. Así ha ocurrido, entre otras, en las SSTS de 7 de abril de 2003 y de 31 de octubre de 1996³³, y las sentencias de las AAPP Asturias, de 12 de enero de 2018, Madrid, de 26 de mayo de 2016, Lugo, de 4 de marzo de 2016, Alicante, de 27 de marzo de 2015, Las Palmas, de 29 de abril de 2014, Madrid, de 16 de enero de 2009, Alicante, de 20 de diciembre de 2000, Cuenca, de 31 de marzo de 1999, y Lleida, de 8 de marzo de 1996³⁴.

Son datos irrelevantes a la hora de demostrar la existencia del pacto de compartir el premio: a) que las partes aparezcan juntas en las fotos que se hacen para celebrar el premio y que se publican en periódicos o redes sociales; b) que existiera otro décimo respecto del cual sí existía una clara intención de compartirlo (SAP Toledo, de 5 de marzo de 2014³⁵). Desde luego, no se puede deducir la voluntad de compartir: 1) si el décimo o boleto se dona a la otra parte, sin ningún tipo de modo o condición (SAP Almería de 25 de junio de 2014³⁶); 2) si quien reclama el premio no ha pagado el precio ni tampoco se ha interesado por el número jugado (STS de 24 de abril de 2006³⁷). Por tanto, salvo que se demuestre lo contrario, cabe presumir que quien posee el décimo es el único acreedor de los derechos económicos que pudieran derivarse de este título (SSAP Barcelona de 8 de julio de 2013, de 28 de septiembre de 2012 y de 15 de noviembre de 2011³⁸).

En el marco de parejas de hecho, también surgen conflictos. La jurisprudencia, incluyendo la menor, ha negado la aplicación analógica del artículo 1351 CC a los casos

³³ RJA 2003/2801 y RJA 1996/7723, respectivamente.

³⁴ AC 2018/189, JUR 2016/192658, AC 2016/370, AC 2015/775, AC 2014/995, JUR 2009/180003, JUR 2001/80334, AC 1999/795 y AC 1996/432, respectivamente.

³⁵ JUR 2014/91961.

³⁶ JUR 2014/275145.

³⁷ RJA 2006/7312.

³⁸ AC 2013/1820, AC 2012/2158 y AC 2011/2161, respectivamente.

de parejas de hecho, por lo que son necesarios otros criterios para resolverlos³⁹. El principal problema es determinar si existe sobre el premio una comunidad. No toda unión de hecho lleva aparejada la aplicación automática del régimen de la comunidad de bienes, sino que son los convivientes los que, por pacto expreso o a través de sus actos concluyentes, deben evidenciar su inequívoca voluntad de hacer común el premio. En estos casos, además, es muy complejo aplicar la doctrina de los actos propios, ya que para ello es preciso que exista un acto del que se desprenda, con carácter inequívoco, la voluntad de crear, modificar o extinguir un derecho, de manera que contradecir tal actuación posteriormente con una conducta contradictoria implique ir en contra de la buena fe. Aquí no suele haber un reconocimiento explícito e inequívoco del carácter común del premio.

En definitiva, si los convivientes no lo han pactado expresamente o de sus actos no se puede concluir la existencia de comunidad, no podrá presumirse la situación de condominio sobre el premio⁴⁰. En caso de haberla, se aplicarían las normas de los artículos 392 y siguientes CC. Los tribunales han deducido la participación conjunta y el acuerdo de compartir el premio por el mero hecho de convivir (STS de 31 de octubre de 1996⁴¹). Sin embargo, la mera convivencia no basta para entender probado un acuerdo, sino que son necesarios actos concluyentes que lleven a presumir que la voluntad de la pareja era la de compartirlo.

Se ha entendido que son actos de los que cabe deducir la voluntad de crear un patrimonio común y, por extensión, de compartir el premio: a) si se produce la escrituración de inmuebles a nombre de los dos o la solicitud de préstamos conjuntos (STS de 31 de octubre de 1996⁴²); b) si, a la hora de ingresar el premio en el banco, ambas partes hacen constar su condición de titulares de esa cantidad, o si, a efectos de la comunicación con la Administración tributaria, ambos figuran como beneficiarios (SAP Madrid 15 de diciembre de 2015⁴³); c) si un conviviente ingresa en la cuenta del otro el dinero del premio, pero en ella tiene función de disposición y ambas partes lo utilizan donando ciertas cantidades a familiares (STS de 31 de diciembre de 1996⁴⁴); d) si se trata

³⁹ Así, la STS de 4 de febrero de 2010 (RJA 2010/264), la SAP Valencia de 13 de enero de 2020 (AC 2020/415), la SAP Barcelona de 16 de octubre de 2006 (JUR 2007/134141) y la SAP Valencia de 9 de diciembre de 1998 (AC 1998/2428).

⁴⁰ Hualde Manso (2000: 41).

⁴¹ RJA 1996/723.

⁴² RJA 1996/723.

⁴³ JUR 2016/15582.

⁴⁴ RJA 1996/7723.

de una relación estable, se ingresa el dinero en una cuenta común y se contrata posteriormente un depósito a plazo fijo a nombre de los dos (SAP Guadalajara de 12 de marzo de 2013⁴⁵). Ahora bien, esta misma AP apunta que el hecho de abrir una cuenta bancaria a nombre de los dos lo único que implica es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al banco, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo, pues eso vendrá determinado por la originaria pertenencia de los fondos de que se nutra esa cuenta (en el mismo sentido *vid.* la SAP Alicante de 27 de marzo de 2015⁴⁶).

Por el contrario, no constituyen actos concluyentes de los que quepa deducir la existencia de acuerdo para compartir el premio: a) que funcionen con absoluta separación de bienes, teniendo cuentas separadas o únicamente una pequeña cuenta común para la gestión de los gastos (STS de 4 de febrero de 2020⁴⁷ y SAP Valencia de 9 de diciembre de 1998⁴⁸); b) que la duración de la relación haya sido muy corta (SSAP Madrid de 15 de marzo de 2022 y de 26 de mayo de 2016⁴⁹, y SAP Valencia de 13 de enero de 2020⁵⁰); c) que ambos convivientes aparezcan en el registro oficial de animales de compañía o ambos figuren como arrendatarios en el contrato de arrendamiento de vivienda (SAP Las Palmas de 29 de abril de 2014⁵¹); d) que el décimo premiado resulte ser un número al que habitualmente jugaba el otro conviviente reclamante (SAP Lugo 4 de marzo de 2016⁵²); e) que ambas partes hayan festejado el premio como ganadores. Desde luego, si el billete o el décimo no ha sido adquirido con el dinero destinado a los gastos comunes, debe negarse el derecho al premio del reclamante (SAP Valencia de 9 de diciembre de 1998⁵³).

Mención especial merece la falta de convivencia como causa excluyente del régimen de comunidad. La mera no convivencia temporal no es un factor determinante, sino que habrá que establecer si existe un verdadero ánimo de poner fin a la pareja. Si los propios convivientes no actúan ya como comuneros, no tiene sentido atribuir el premio a ambos, incluso sería injusto para el conviviente ganador⁵⁴. Desde luego, si un miembro

⁴⁵ JUR 2013/138171.

⁴⁶ AC 2015/775.

⁴⁷ RJA 2010/264.

⁴⁸ AC 1998/2428.

⁴⁹ JUR 2022/187155 y JUR 2016/192658, respectivamente.

⁵⁰ AC 2020/415.

⁵¹ AC 2014/995.

⁵² AC 2016/370.

⁵³ AC 1998/2428.

⁵⁴ Así también lo entiende Hualde Manso (2000: 44).

decide poner fin unilateralmente a la pareja y se lo notifica o si ha transcurrido el plazo de no convivencia, establecido por la normativa autonómica, para producir ese efecto extintivo, el premio no tendrá que compartirse.

II.3. La participación conjunta en el seno de matrimonios

Dentro de un matrimonio, los cónyuges pueden jugar o apostar conjuntamente, pero también de manera individual. Sin embargo, incluso en estos casos el cónyuge no participante puede verse involucrado, pues el patrimonio común quedará afectado por el pago de las deudas derivadas del juego o la apuesta en determinados supuestos -de ahí que quepa hablar de participación individual con repercusión grupal-. En el ámbito de los matrimonios, la relación entre las ganancias y las deudas derivadas de la participación de los cónyuges en juegos o apuestas se recoge expresamente en los artículos 1351, 1371 y 1372 CC. El primer precepto señalado se refiere a las ganancias obtenidas en el marco de la sociedad de gananciales. Los otros dos artículos tienen que ver con las pérdidas, si bien uno contiene el régimen de las deudas de juego o apuestas pagadas con dinero ganancial (art. 1371 CC) y el otro contiene el régimen de las deudas no pagadas aún (art. 1372 CC).

Comenzando por las ganancias, surge el problema de calificar el carácter común o privativo de un premio obtenido por uno de los miembros de la pareja. Si la pareja está casada en régimen de gananciales, señala el artículo 1351 CC que «Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales». Una primera cuestión a determinar si es necesario que la participación en el juego o la apuesta se haya sufragado con dinero ganancial o si también resulta aplicable el artículo 1351 CC en los casos en que se paga con dinero privativo. Estando casados en régimen de gananciales, el premio será ganancial en los siguientes casos: 1) si se utiliza dinero ganancial -son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1347.3º CC)-; 2) si el dinero utilizado para jugar o apostar es privativo, pues el artículo 1351 CC no distingue, por lo que no se sigue aquí el principio de subrogación real, que implicaría tener en cuenta la procedencia del dinero utilizado para calificar de ganancial o privativo el premio⁵⁵. Por el contrario, será privativo si la participación en el juego o apuesta es gratuita, por aplicación del artículo 1346.2º CC⁵⁶. Ahora bien, si no se pone en riesgo

⁵⁵ Rams y Moreno (2005: 315), Rebolledo Varela (2013: 9559).

⁵⁶ Rebolledo Varela (2013: 9559).

dinero privativo o ganancial, sino que es un tercero el que adquiere un décimo o boleto para regarlo a los cónyuges, la ganancia será privativa o ganancial en función de si la donación la hace a uno de ellos o a ambos respectivamente (art. 1353 CC)⁵⁷.

Resulta cuestionable el carácter ganancial del premio cuando se obtiene iniciado un proceso de separación entre los cónyuges, donde ya no hay convivencia ni ánimo de poner en común bienes. En situaciones de separación de hecho por inicio de un proceso para declarar la ineficacia del matrimonio, es dudosa la vigencia real de la sociedad de gananciales, aunque aún no esté extinguida⁵⁸. No obstante, el TS ha entendido que el premio es ganancial incluso aunque los cónyuges hayan iniciado ese proceso y en tanto no se haya extinguido la sociedad de gananciales (STS de 22 de diciembre de 2000⁵⁹). Con todo, si el cónyuge es concededor del premio y, sin embargo, no reclama nada en el momento de la liquidación, no podrá después reclamar la adición o complemento de la liquidación años después de efectuada ésta, por haberse omitido en el convenio regulador el premio de lotería cobrado por el cónyuge (STS de 5 de octubre de 2022⁶⁰). Según el TS, ese silencio lleva a entender que renuncia a las acciones que pudieran corresponderle frente al cónyuge premiado, pues tal conducta revela una posición clara, terminante e inequívoca de que no se pretendía reclamar nunca el dinero -de hecho, apunta que el ejercicio de la acción cuatro años después de la liquidación resulta contrario a las exigencias de la buena fe-⁶¹.

Por otro lado, la consecuencia derivada del artículo 1351 CC resulta aplicable no sólo cuando los cónyuges estén casados en régimen de sociedad de gananciales, sino también en régimen de separación de bienes -en cuyo caso, pasará a formar parte del patrimonio común-, siempre que, de los actos de las partes, se desprenda la voluntad inequívoca de compartir el premio. El problema está en determinar cuándo se produce dicha voluntad. A la hora de calificar el premio como común o privativo, se han considerado irrelevantes: a) que el reclamante hubiera sido agraciado anteriormente con otro premio de lotería que únicamente cobró él -esto no hace presumir que decidiera regalar al cónyuge la totalidad del nuevo premio-; b) que los cónyuges estuvieran casados

⁵⁷ Rams Albesa (1992: 120), Rebolledo Varela (2013: 9559).

⁵⁸ Rams Albesa (1992: 120)

⁵⁹ RJA 2000/10405. Así lo entiende también Rebolledo Varela (2013: 9558).

⁶⁰ RJA 2022/4832.

⁶¹ Crítica esta conclusión del TS Jiménez Linares (2023: 25), que considera que no puede entenderse renuncia tácita la no inclusión de bienes gananciales consciente o voluntariamente, pues así se permitiría la acción de complemento o adición de la liquidación de la sociedad de gananciales, en tanto que la misma se admite en el ámbito de la partición hereditaria conforme al artículo 1079 CC.

en régimen de separación de bienes; c) que el cónyuge demandado esté en posesión del décimo -una persona puede ser la titular del derecho al cobro por tener la posesión del décimo y otra distinta la que tenga derecho al dinero con el que el décimo resultó agraciado-; d) que el cónyuge demandado fuera quien cobrara el premio (SAP Burgos de 19 de diciembre de 2014⁶²).

En cambio, en el marco del régimen de separación de bienes, sí deben tenerse en cuenta a la hora de concluir si el premio era o no compartido: 1) que el dinero se ingrese en una cuenta de titularidad conjunta -la propiedad del dinero no necesariamente sigue la titularidad formal de la cuenta o del fondo, pues es necesario conocer la procedencia del dinero ingresado en esas cuentas-; 2) que con el dinero se abra un fondo de inversión a nombre de los dos cónyuges -resulta extraño que, si el cónyuge demandado es consciente de que el dinero es sólo suyo, lo ingresara en una cuenta conjunta y luego suscriba un fondo de inversión para los dos-. Cabe deducir también la voluntad de compartir cuando es habitual jugar o apostar juntos, ingresándose las cantidades ganadas en la cuenta común, y, al mismo tiempo, existe un objetivo de crear un patrimonio común (SAP Girona, de 21 de junio de 2006⁶³).

El régimen jurídico de las pérdidas lo encontramos en los artículos 1371 y 1372 CC. Si una deuda de juego o apuesta ha sido pagada por cualquier de los cónyuges, eso no disminuirá su parte en la sociedad de gananciales, siempre y cuando el importe sea moderado con arreglo al uso y las circunstancias de la familia (art. 1371 CC). Sin embargo, si no ha sido pagada aún, responderán exclusivamente los bienes privativos del cónyuge deudor (art. 1372 CC). Téngase presente que la pérdida a la que se refieren ambos preceptos es la que se produce una vez compensado lo perdido con las ganancias. Por tanto, si el jugador o apostante ha ganado lo mismo o más que lo jugado o apostado, no habrá pérdidas. Además, en ambos casos se refieren a deudas de juego o apuesta contraídas de manera unilateral por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, pues, de haberlo, recaerá sobre la sociedad de gananciales sin límite alguno⁶⁴.

Comenzando por el artículo 1371 CC, las pérdidas en un juego o una apuesta que han sido pagadas con dinero ganancial constante el matrimonio constituyen cargas de la sociedad de gananciales, siempre que la cantidad sea moderada⁶⁵. Siendo que el juego o

⁶² JUR 2015/50003.

⁶³ JUR 2007/65087.

⁶⁴ Rebolledo Varela (2013: 9704).

⁶⁵ Realmente, el artículo 1371 CC debería referirse no a «lo perdido y pagado durante el matrimonio», sino a «lo perdido y pagado durante el funcionamiento de la sociedad de gananciales», pues el artículo 1392.4º

la apuesta pueden ser una fuente de ingresos para la sociedad de gananciales (art. 1351 CC), lo razonable es que ésta sea responsable también de las deudas derivadas de los mismos. Así, el patrimonio que recibe los beneficios del juego o la apuesta también deberá soportar las deudas. Ahora bien, no se produce un equilibrio total, pues la sociedad de gananciales únicamente asumirá las deudas en estos casos cuando resulte moderada. A la hora de determinar si la deuda lo es, se apuntan dos criterios: los usos y las circunstancias de la familia, lo que obliga a valorar el importe de lo perdido teniendo en cuenta la cuantía y si se trata de una práctica que se repita con frecuencia⁶⁶. Pueden darse casos donde el valor de lo perdido por el cónyuge jugador o apostante en una ocasión, aisladamente considerado, sea moderado, pero que, convertido en un hábito, el total de las pérdidas resulta desorbitado atendiendo a las circunstancias familiares. Habrá que atender, por tanto, a cada caso concreto, con la dificultad que ello entraña⁶⁷. De esta manera, el artículo 1371 CC tiene como objetivo evitar que uno de los cónyuges dilapide el patrimonio ganancial en juegos o apuestas, poniendo en peligro el bienestar de la familia.

Si se utiliza dinero ganancial para participar en un juego o apuesta y la deuda es moderada, el cónyuge no jugador o apostante no podrá reclamar nada, pues, de haberse obtenido una ganancia, habría ido también a la sociedad de gananciales⁶⁸. El cónyuge perdedor no está obligado a reembolsar a la masa común las cantidades utilizadas para hacer frente a esas deudas ex artículo 1364 CC, ni verá disminuida su parte en la sociedad de gananciales. Ahora bien, si lo perdido incumple el requisito de la moderación, la cantidad que se entienda moderada la cubrirá la sociedad de gananciales y el exceso, de pagarse también con el patrimonio común, se le restará al cónyuge deudor en su parte de gananciales⁶⁹. Si hubiera que utilizar la parte de gananciales del cónyuge no deudor, entonces el cónyuge jugador o apostante tendrá que reembolsar esa cantidad⁷⁰.

En cambio, si el cónyuge jugador o apostante participó utilizando dinero privativo, la deuda resultante se tendrá que costear con los bienes privativos de dicho cónyuge, sin

CC permite la disolución del régimen de gananciales sin que se disuelva el matrimonio. En este sentido, *vid.* Peña Bernaldo de Quirós (1993: 704), Bello Janeiro (1993: 440).

⁶⁶ Giménez Duart (1982: 572), Vázquez Iruzubieta (1982: 281).

⁶⁷ Así lo apuntan Bustos Moreno (2001: 354), Guilarte Gutiérrez (1991: 406-407), Echevarría de Rada (1996: 253).

⁶⁸ En este sentido también, *vid.* Peña Bernaldo de Quirós (1989: 257-258), Mejica García (1986: 4371), Rebolledo Varela (2013: 9705).

⁶⁹ Entendiendo también que es posible atacar los bienes gananciales para cubrir el exceso de la cantidad considerada moderada, *vid.* Rebolledo Varela (2013: 9705), Hernández Rueda (2002: 76), Rueda y Rueda (1982: 253), Bello Janeiro (1993: 441), De los Mozos (1999: 409).

⁷⁰ Así también lo entienden Ragel Sánchez (1987: 109), Guilarte Zapatero (1982: 367), Rams y Moreno (2005: 395).

que pueda luego reclamar a la sociedad de gananciales⁷¹. En este caso, no se produciría un derecho de reintegro frente a la sociedad de gananciales, ni siquiera por la parte considerada moderada, pues hay que entender que el artículo 1371 CC constituye una especie de penalización de la práctica del juego o apuesta, por la especial influencia que puede tener en la economía familiar⁷².

Por su parte, según el artículo 1372 CC, si un cónyuge ha jugado o apostado y ha perdido, pero no ha pagado la deuda, la responsabilidad de la pérdida corresponde únicamente a dicho cónyuge, que responderá con sus bienes privativos. Se exonera de responsabilidad al patrimonio ganancial. Son tres las diferencias entre los artículos 1371 y 1372 CC: 1) el primero se refiere a deudas ya pagadas, mientras que el segundo a deudas aún no pagadas; 2) el primero utiliza el requisito de la modicidad para que la sociedad de gananciales entre en juego, mientras que en el segundo no se hace mención; 3) el primero es una norma de responsabilidad interna, que determina qué patrimonio responde de la deuda en el momento de la liquidación, en tanto que el segundo es una norma de responsabilidad externa, cuyo fin es establecer el patrimonio responsable frente a los acreedores que exigen el pago de la deuda⁷³.

Ese cónyuge jugador o apostante responderá de las deudas no pagadas con sus bienes privativos y subsidiariamente con los bienes gananciales, por aplicación del artículo 1373 CC⁷⁴. Y ello porque: a) los bienes gananciales también forman parte del patrimonio del cónyuge deudor; b) impedir que se puedan atacar los bienes gananciales supondría excluir el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, negándole al acreedor la posibilidad de agredir la cuota de gananciales de ese cónyuge deudor. Además, el cónyuge no deudor podría evitar que la deuda se ejecutara sobre los bienes gananciales en su conjunto, exigiendo que en la traba se sustituyan los

⁷¹ Peña Bernaldo de Quirós (1989: 258), Moralejo Imbernón (2021: 1775), Mejica García (1986: 4370), Rebolledo Varela (2013: 9706). Consideran que sí existe ese derecho de reembolso, por aplicación del artículo 1364 CC, De los Mozos (1999: 410) y Guilarte Zapatero (1982: 367). Rebolledo entiende que existe derecho de reembolso únicamente en dos casos: a) cuando el pago se haya hecho antes de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; b) cuando se haya producido disuelta la sociedad de gananciales, pero antes de su liquidación. *Vid.* Rebolledo Varela (2013: 9707).

⁷² Rams Albesa (1992: 119).

⁷³ Guilarte Gutiérrez (1991: 406-407), Hernández Rueda (2002: 75).

⁷⁴ En este sentido también, *vid.* Peña Bernaldo de Quirós (1993: 703), Rams y Moreno (2005: 394-395), Moralejo Imbernón (2021: 1775-1776), Hernández Rueda (2002: 79), Ragel Sánchez (1987: 107-108), De los Mozos (1999: 411), Bello Janeiro (1993: 439-440), Guilarte Gutiérrez (1991: 408-409), Rebolledo Varela (2013: 9709). En contra, declarando la imposibilidad de atacar los bienes gananciales siquiera en la parte que corresponde al cónyuge deudor, *vid.* Fernández Villa (1993: 681-683), Mejica García (1986: 4371), Rueda y Rueda (1982: 585), Vázquez Iruzubieta (1982: 282).

bienes comunes por la parte que tiene el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales (art. 1373 CC), lo que supondrá su disolución.

Finalmente, si los dos cónyuges conjuntamente o uno con el consentimiento del otro se dedican a jugar o apostar, responderán los bienes gananciales, por aplicación del artículo 1367 CC⁷⁵. Cuando los dos cónyuges son jugadores o apostantes, la regla de la modicidad del artículo 1371 CC se aplica separadamente a cada uno, de tal manera que, si la pérdida de uno es moderada y la del otro es excesiva, el primero no verá disminuida su participación en la masa ganancial, pero sí el segundo, salvo que ambos hayan participado de manera conjunta, en cuyo caso la pérdida recaerá íntegramente en el patrimonio común sin límite.

III. EL JUEGO CONJUNTO MEDIANTE PARTICIPACIONES

III.1. El contrato de lotería

A través del contrato de lotería el adquirente de un décimo o boleto oficial (cedente) decide repartir el premio, en caso de resultar agraciado, entre varias personas (cesionarios), a las que entrega un documento llamado «participación», comprometiéndose a pagarles una cuota de aquél si se cumplen determinadas condiciones. Ese premio se comparte con los cesionarios, poseedores legítimos de las participaciones, y su cuantía concreta dependerá de la cuota que tenga cada uno de ellos. En estos casos, se producen dos relaciones contractuales: 1) la que vincula al organizador con el adquirente del décimo o boleto oficial (contrato de juego); 2) la que vincula a ese adquirente con los cesionarios poseedores de las participaciones (contrato de lotería). El emisor de las participaciones mantiene en su poder el documento oficial, que al constituir éste un título al portador y un título de legitimación, le permite la expedición de participaciones.

Son varias las características básicas del contrato de lotería. En primer lugar, es un contrato atípico. Carece de regulación específica, por lo que se regirá por las normas generales de las obligaciones y contratos (arts. 1088 y ss. CC). En segundo lugar, se apoya en un contrato de juego, pero es distinto de éste, por lo que no se le aplicaría el régimen jurídico específico de aquél, recogido en los artículos 1798 y siguientes del CC. Normalmente, suele estar vinculado a determinados sorteos organizados por la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE), como el sorteo de Navidad o el sorteo

⁷⁵ De los Mozos (1999: 411-412), Rams y Moreno (2005: 393), Bustos Moreno (2001: 346).

del Niño. En tercer lugar, puede ser un contrato gratuito, si la participación se entrega sin mediar precio (ej.: donación), u oneroso, si se cede a cambio de precio u otra contraprestación. En cuarto lugar, es un contrato consensual, donde basta el consentimiento de las partes para su perfección. Y, en quinto lugar, es un contrato conmutativo, no aleatorio, donde las prestaciones de las partes están determinadas desde el principio. No se trata de un contrato aleatorio, sino, más bien, de un contrato sometido a condición: si el número de la participación coincide con el número ganador del sorteo que se haya establecido, el cedente de la participación estará obligado a pagar una cantidad de dinero o entregar un determinado bien. La nota de la aleatoriedad del contrato de juego no se transmite al contrato de lotería, pues aquí los participantes determinan todos los términos del contrato⁷⁶.

En el contrato de lotería resulta imprescindible la entrega de las participaciones. Las emite el adquirente del billete o título oficial, sirven de prueba del vínculo entre éste y el cesionario de la participación, y constituyen el título necesario para poder reclamar el premio, en caso de que el documento oficial resulte agraciado. A través de ellas, se transmite una cuota del premio que cobrará el cedente o emisor al organizador del juego o la apuesta.

Las participaciones pueden ser emitidas en cualquier forma: mediante una fotocopia del billete o décimo oficial en la que se escribe, a mano, la cuota de premio que posee su adquirente, o mediante una fotografía del décimo enviada por correo electrónico o por *Whatsapp*, indicando mediante texto la cuota de participación, entre otros medios. El principio de libertad de forma que rige nuestro ordenamiento permite dar validez y eficacia a estos documentos (art. 1278 CC). La transmisión de una imagen del billete o décimo oficial constituye una participación, no un supuesto de peña, pues lo importante es que una persona posee ese documento oficial y decide compartir su premio con una serie de personas, a las que les cede una cuota⁷⁷.

La jurisprudencia es bastante laxa en este sentido, otorgando validez y eficacia con independencia de la forma que revistan y del lenguaje que se utilice, siempre que se pueda deducir claramente la voluntad de las partes. Así lo apuntó el TS en su sentencia de 24 de julio de 1989⁷⁸. El actor había reclamado el pago del premio correspondiente a

⁷⁶ Rubio Garrido (2000: 1330).

⁷⁷ En sentido contrario lo entiende Peña López, para quien tales supuestos deben ser tratados como peñas, pues hay una cotitularidad del título oficial. *Vid.* Peña López (2020: 4696).

⁷⁸ RJA 1989/5776.

la participación, que coincidía con el número agraciado en un sorteo de lotería. El demandado, sin embargo, negaba la venta de la participación y también que hubiera firmado el documento privado que aportó el actor para acreditarlo. La formalización de la participación se había producido en casa del demandado, después de haber estado ambos bebiendo en un bar. El demandado cogió una papeleta de cómic que tenía en su casa, que simulaba un recibo de lotería, la rellenó y la firmaron ambos. En dicha papeleta se indicaba: «N.º 55793 Lotería Nacional – El gacho que exhibe el presente aforo la cantidad de mil legañas pa que se endine la tosta u sease una pasta mu gansa pa en el caso de que los guarismos indicaos al frontis sean agraciados en el sorte de la lote del día 21 de diciembre de 1984. Son mil chulas». El TS, aplicando el principio de libertad de forma, entiende que los contratos se perfeccionan y son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1278 CC). A su juicio, que el consentimiento se haya manifestado de manera jocosa no vicia su existencia, siempre y cuando los requisitos del contrato resulten claros de la expresión utilizada por las partes. En este caso, el buen humor en la forma en nada empece la seriedad del contrato.

En todo caso, la participación deberá contener unas menciones mínimas, como la identidad del transmitente, el número con el que se juega, la cuota que se adquiere en el décimo o boleto correspondiente, o el plazo que tiene el poseedor legítimo para reclamar el pago del premio. La mención del número resulta esencial, pues es lo que va a determinar si el cesionario tiene o no derecho al premio. En este sentido, el TS, en su sentencia de 25 de septiembre de 1999, desestimó el recurso interpuesto por el titular legítimo de una participación en la que no aparecía el número al que jugaba⁷⁹. En este caso, una señora había comprado dos décimos para el sorteo de Lotería de Navidad con números distintos, realizando participaciones de ambos. Una de ellas se entregó al demandante sin que se hubiera transcrito el número con el que participaba, luego podía ser cualquiera de los dos. Uno de los números resultó premiado y el demandante, poseedor del título en blanco, escribió en la participación, de su puño y letra, el número ganador, por lo que lo presentó para exigir su parte. El TS consideró acreditado: 1) que no fue la demandada quien escribió el número, al contrario del resto del texto de la participación, que sí estaba manuscrito por ella; 2) que el resto de las participaciones emitidas por esta

⁷⁹ RJA 1999/7079.

señora relativas al número premiado sí que contenían su mención, mientras que las relativas al número no premiado tenían todas en blanco la referencia.

Por otro lado, del contrato de lotería surgen obligaciones para las dos partes. El cesionario de la participación tiene la obligación de pagar el coste de la participación, si el contrato es oneroso, y de presentar la participación para poder cobrar el premio. Obviamente, para que ocurra esto último es necesario haber adquirido una participación antes de celebrarse el correspondiente sorteo al cual está vinculada, esto es, antes de saberse si el número que aparece en el billete o boleto oficial ha sido agraciado. La falta de prueba de la adquisición de la participación y de la petición de reserva de una al cedente fue lo que hizo que la AP Valencia, en su sentencia de 1 de julio de 2016, negara el derecho al premio a la demandante⁸⁰. El cedente, por su parte, está obligado a: 1) conservar el boleto o décimo oficial (título de legitimación); 2) exigir el pago del premio a la entidad organizadora del juego o apuesta; 3) una vez cobrado el premio, deberá entregar la cuota que corresponda al poseedor de la participación -en caso contrario, estaríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto-; 4) el pago de todos los gastos necesarios para hacer efectivo el pago del premio, conforme al artículo 1168 CC.

Respecto a la segunda obligación, llegado el caso, el cedente deberá reclamar al organizador del juego o la apuesta el pago del premio. Al contrario de lo que ocurre en un supuesto al uso de contrato de juego y apuesta, donde uno puede decidir libremente si cobrar o no el premio, en caso de las participaciones no tiene esta opción, sino que se convierte en una obligación. Obsérvese que, en el marco de un contrato de lotería, el cedente es el único legitimado que puede reclamar el premio al organizador. El poseedor de una participación no tiene acción directa contra éste, no tiene derecho alguno frente al organizador del juego o la apuesta, pues su vinculación es exclusivamente con el emisor de la participación. Ésta no tiene validez frente al organizador del juego o la apuesta, sino únicamente entre el cedente y el cesionario (eficacia *inter partes*). Las propias condiciones generales que regulan los juegos organizados por SELAE u ONCE establecen que la única manera de reclamar el pago del premio es mediante la presentación del billete o décimo entregado al participante al celebrar el contrato de juego.

En el caso de las participaciones, el cedente no queda fuera de la relación crediticia transmitida, pues conserva su propio crédito frente al organizador del juego o la apuesta. En el contrato de lotería no se transmite el billete o boleto oficial ni el cesionario pasa a

⁸⁰ AC 2017/457.

ocupar la posición del jugador o apostante, no se produce una vinculación entre ese cesionario y el organizador del juego o la apuesta. En cambio, cuando se produce la transmisión del billete o boleto oficial (ej.: se regala un décimo de lotería de Navidad a un familiar), el tercero pasa a ocupar la posición del transmitente, que desaparece de la escena, frente al organizador, de tal manera que, de resultar premiado, puede dirigirse directamente contra él para recibir el premio. En este supuesto, se transmite un crédito (el derivado del contrato de juego y apuesta) y la obligación de pago la tiene el organizador del juego y apuesta, no el transmitente del ejemplar oficial. Resulta criticable la interpretación que hace el TS en su sentencia de 9 de octubre de 1993, al incluir también en el contrato de lotería la transmisión de los ejemplares oficiales⁸¹. Como decimos, son dos supuestos muy distintos.

Y en cuanto a la tercera obligación, el cedente de la participación se obliga, en caso de obtenerse el premio, a satisfacer a los poseedores de las participaciones la cantidad que les hubieran correspondido, atendiendo a la cuota de participación. Ahora bien, para que surja esta obligación, es necesario que concurren las siguientes condiciones. En primer lugar, que el número que aparece en la participación coincida con el número premiado en el juego o la apuesta. El contrato de lotería está ligado a un juego o apuesta. Por tanto, aunque se trata de dos contratos distintos, lo que pase en este último tiene efectos en aquél. Si el número obtenido en el juego no coincide con el consignado en la participación, el poseedor de ésta no tendrá ningún derecho al premio.

La segunda condición para que el cedente de la participación esté obligado a pagar es que se cumplan las reglas pactadas entre las partes. Éstas son libres para condicionar el pago al cumplimiento de determinados requisitos. En la sentencia de 20 de enero de 2003, la AP de Pontevedra negó el derecho de la demandante a cobrar dos participaciones que había adquirido de una asociación de padres, porque ésta había señalado a los participantes que únicamente correspondía una participación por socio⁸². Según la Audiencia, la demandante no sería tenedora legítima de la segunda participación, por lo que no habría causa en el contrato y, en consecuencia, no podría efecto alguno, como se deriva del artículo 1275 CC.

La tercera condición es que el poseedor de la participación la presente al cedente para el cobro. Las participaciones pueden constituir títulos nominativos o al portador. En el primer caso, el cedente estará obligado a pagar a la persona que aparezca consignada

⁸¹ En este sentido también, González Pacanowska (2007: 763), Gordillo Cañas (1993: 1051-1052).

⁸² AC 2003/908.

en la propia participación y que se identifique como tal. En el segundo caso, el cedente deberá entregar el premio a quien aparezca como su poseedor, pues éste adquiere los derechos inherentes al título –en nuestro caso, la obtención del premio en el sorteo con el que están relacionados- (STS de 9 de octubre de 1993⁸³ y SAP Madrid de 25 de enero de 1993⁸⁴). Lo que legitima para reclamar el premio correspondiente es la posesión material de la participación. Quien posea el título de buena fe adquiere los derechos inherentes al mismo y que el título representa. Por tanto, para obtener la cuota de premio simplemente es necesario con presentar el documento, liberándose el emisor de la participación pagando lo que corresponda a su portador. En este sentido, se han calificado las participaciones como títulos impropios al portador, a los que se les aplica el régimen de las cosas muebles.

Sin embargo, las Audiencias no se ponen de acuerdo sobre la necesidad de presentar la participación para poder recibir el premio. Algunas afirman tal requisito, entendiendo que no se produce, en caso de no presentar la participación y no producirse el pago, un enriquecimiento injusto del cedente, pues hay una justa causa (el incumplimiento de los requisitos). En este sentido se expresaron la AP Valencia, en sendas sentencias de 16 de diciembre de 2015 y de 6 de octubre de 2008, y la AP Burgos, en sentencia de 16 de mayo de 2007⁸⁵. Otras señalan que, si no se presenta la propia participación, sería suficiente con acreditar su adquisición por otros medios admitidos en Derecho. Se considera que, al constituir un título-valor impropio, no se le puede tratar como un título-valor normal, por lo que no se podría requerir su presentación para exigir los derechos que lleve anudados -se califican de impropios precisamente porque el titular puede ejercitar el derecho incorporado sin necesidad de presentar el documento correspondiente, siempre que la titularidad quede probada por otros medios-. En consecuencia, si no es posible presentar la participación por estar destruida o por haberse perdido o extraviado, se podría cobrar el premio, y el cedente estaría obligado a pagar, acreditando tres conceptos: 1) su adquisición; 2) su extravío; 3) la falta de cobro del premio ajejo a dicha participación dentro del plazo señalado para ello por ninguna otra persona -esta prueba es relativamente sencilla si el cedente confecciona una relación de las participaciones vendidas, con el nombre y el número de DNI de los cesionarios-. En definitiva, sería posible acreditar la condición de cesionario frente al cedente de cualquier

⁸³ RJA 1993/8172.

⁸⁴ AC 1993/60.

⁸⁵ JUR 2016/143650, JUR 2009/66108 y AC 2007/1659, respectivamente.

otro medio admitido en Derecho. De esta manera se consideró en la SAP Madrid de 12 de septiembre de 2011, y en las SSAP Castellón, de 10 de abril de 2015, de 9 de noviembre de 2011, de 9 de junio de 2011, 23 de febrero de 2011, de 10 de diciembre de 2010, y en la SAP Vizcaya de 27 de septiembre de 2004⁸⁶. Pero si existen dudas sobre la posesión legítima de quien presenta la participación o sobre la coincidencia del número, no será posible la reclamación del premio.

En todo caso, se debe tener la condición de legítimo poseedor de la participación. El cedente puede negarse a pagar a quien no sea el poseedor legítimo (SAP Pontevedra de 20 de enero de 2003⁸⁷). No tiene esta posesión legítima que legitime el cobro del premio: 1) el servidor de la posesión, esto es, aquel sujeto al que el cedente entrega las participaciones con el fin de que las venda a terceros; 2) aquel que haya robado o hurtado la participación. Respecto de este segundo caso, si el emisor paga, de buena fe, a quien parece ser el portador legítimo (acreedor aparente), pero se trata de una participación robada o hurtada, su titular legítimo podrá dirigirse contra este último sujeto para reclamar el pago, conforme a las reglas del cobro de lo indebido, recogidas en los artículos 1895 y siguientes del CC⁸⁸. El portador ilegítimo deberá restituir la cantidad cobrada y entregársela al titular legítimo, junto con los intereses legales (arts. 1896.1º CC). Asimismo, obsérvese la distinta incidencia que tiene el robo según estemos ante billetes o boletos oficiales o ante participaciones: en el primer caso, el artículo 10 de la Instrucción General de Lotería, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1956, establece la nulidad para aquellos billetes sustraídos o siniestrados, en tanto que en el caso de las participaciones seguirán siendo válidas.

La última condición que debe darse para que el cedente esté obligado a pagar al poseedor de la participación es que éste lo haya solicitado en plazo. La reclamación del premio por parte del poseedor de aquélla se debe realizar dentro del período establecido, que se trata de un plazo de caducidad y suele ser de tres meses. No hay inconveniente en que las partes acuerden un plazo de caducidad para el cobro del premio, siempre que esté dentro de los límites del artículo 1255 CC y se haga constar de forma clara y expresa en la propia participación. Téngase en cuenta que la caducidad puede tener su origen tanto en una disposición legal, como en un convenio concertado por los particulares en el que

⁸⁶ AC 2011/2153, JUR 2015/167195, JUR 2012/44924, JUR 2011/332839, JUR 2011/313256, AC 2011/15 y JUR 2004/308729, respectivamente.

⁸⁷ AC 2003/908.

⁸⁸ Peña López (2020: 4697).

se señale un término fijo para la duración de un derecho, de manera que, transcurrido el cual, no puede ser ejercitado. Si transcurre el plazo de caducidad, el cedente podrá denegar el pago del premio al poseedor de la participación que se presente al cobro. Así ocurrió en los casos planteados en la SAP Asturias de 20 de marzo de 1997 y en la SAP Madrid de 25 de enero de 1993⁸⁹. Se trata de un plazo que genera seguridad jurídica para las partes en el contrato de lotería.

Conviene distinguir este plazo de otros que pueden tener lugar en el marco del contrato de lotería. En primer lugar, del plazo que tiene el adquirente del boleto o billete oficial para reclamar el premio al organizador del juego o la apuesta al cual está vinculada la participación. Dicho plazo se regirá por las reglas organizativas del juego o la apuesta. Y, en segundo, el plazo de caducidad para el cobro de la participación es distinto del plazo para reclamar judicialmente el pago del premio ante la negativa del cedente, que será de cinco años conforme al artículo 1964 CC (SSAP Castellón de 9 de junio de 2011, de 23 de febrero de 2011 y de 10 de diciembre de 2010, y SAP Vizcaya de 27 de septiembre de 2004⁹⁰). El primero se rige por el acuerdo al que hayan llegado las partes y el segundo por las reglas generales del CC.

El plazo de caducidad para que el poseedor de una participación pueda reclamar el premio que le haya correspondido debe empezar a correr desde el momento en que se sepa si ha sido agraciada o no. Además, no cabe exigir que la reclamación judicial que pudiera hacer, llegado el caso, el poseedor de la participación ante el impago por el cedente de la misma tenga lugar también dentro del plazo de caducidad establecido convencionalmente. En el caso de la caducidad convencional, no se trata de atacar una determinada situación jurídica para su modificación o alteración de su configuración o efectos, con la consiguiente necesidad de su impugnación por vía jurisdiccional para que puedan producirse los efectos anudados al derecho de que se trate, sino simplemente de la exigencia de un derecho de crédito (SAP Madrid, de 12 de septiembre de 2011⁹¹).

Finamente, cabe indicar que, en muchas ocasiones, los vendedores ofrecen a sus clientes una participación en un juego o apuesta como obsequio con el fin de atraerlos. Dicha relación estará sujeta a las normas sobre Derecho de consumo y, en especial, las relativas a las ventas con obsequios, previstas en los artículos 32-34 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM). El ejemplo típico es el

⁸⁹ AC 1997/456 y AC 1993/60, respectivamente.

⁹⁰ AC 2011/1445, JUR 2011/313256, AC 2011/15 y JUR 2004/308729, respectivamente.

⁹¹ AC 2011/2153.

vendedor que ofrece a los clientes participaciones en el sorteo de la Lotería de Navidad, premiándoles con una cesta llena de productos si el número de la participación coincide con el de dicho sorteo.

III.2. Las peñas de juego

En las peñas, varias personas acuerdan su creación, su organización y un procedimiento para celebrar periódicamente contratos de juego o apuesta, pero no están vinculadas entre ellas por un contrato de sociedad. Las peñas realizan ofertas de contrato de juego o apuesta conjunta a los clientes (destinatarios de la oferta), pero no participan en esos juegos o apuestas. Dos son las notas que caracterizan a las peñas: a) los participantes no son siempre las mismas personas, sino únicamente aquellas concretas que hayan aceptado jugar o apostar, conforme a las reglas establecidas por la peña; b) pueden estar organizadas por particulares o por empresas que se dedican profesionalmente a ello⁹².

Las peñas asumen las siguientes obligaciones: 1) ofertar un contrato de juego o apuesta conjunto con una determinada periodicidad; 2) aceptar las declaraciones de voluntad de aquellas personas que quieran participar en cada juego o apuesta ofertado, recibiendo sus pronósticos y recaudando las cantidades; 3) registrar la identidad y la cantidad cruzada de cada participante; 4) entregar la correspondiente participación a cada uno; 5) celebrar el contrato de juego o apuesta conjunta y asumir todos los deberes que de ello se derivan -como, por ejemplo, conservar los boletos adquiridos, cobrar los premios, llegado el caso, y repartir su importe entre los participantes conforme a las reglas organizativas de la peña-⁹³. Solo las personas a las que se dirige la oferta de participación y que hayan expresado su voluntad de aceptarlas conforme a las reglas de la peña, tendrán derecho a cobrar el premio.

En estas reglas organizativas, se pueden acordar cuestiones como la sanción ante el impago de la cuota de participación (ej.: la exclusión de dicho participante) o el deber de la peña de comunicar a un participante el impago antes de que se celebre el evento sobre el que se ha apostado, entre otras. La exclusión del premio ante el impago de la cuota únicamente será posible si concurre alguno de estos supuestos: 1) si el depósito en el fondo común de la cantidad correspondiente debe hacerse antes del sorteo porque constituye el modo de aceptar la oferta de la peña; 2) si la consecuencia de la exclusión

⁹² Algarra Prats (2012: 148).

⁹³ Peña López (2020: 4701), Algarra Prats (2012: 149).

del premio está prevista en sus reglas organizativas; 3) si existe una política de requerimiento de regularización del pago o de comunicación de cese en la peña. Si constituye una práctica habitual el atraso en el pago de las cuotas y la regularización de los pagos por los participantes tras conocerse la obtención del premio, no se podrá excluir a nadie del mismo (SAP Alicante de 24 de mayo de 2001⁹⁴). En todo caso, si se produce un incumplimiento prolongado del pago de la cuota mensual correspondiente, a esa persona ya no se la puede considerar miembro de la peña, con independencia de las causas que lo motivaran, al haberse incumplido el requisito necesario para pertenecer a ella, por lo que podría ser excluido del reparto del premio (SAP Ciudad Real de 11 de abril de 2005, en el que habían pasado nueve meses sin pagar la cuota⁹⁵).

Tampoco son ajenas las peñas a los problemas de prueba de la existencia de un pacto de participación en un determinado juego o apuesta por parte de un participante. En estos casos, la habitualidad de la participación en los eventos en que se involucra la peña es un criterio a tener en cuenta para demostrar la existencia de dicho pacto entre las partes para la reserva de una papeleta (SAP Valencia de 29 de mayo de 2013⁹⁶).

Asimismo, si se permite el pago una vez celebrado el juego o la apuesta, aquella persona que manifestara su voluntad de participar y que no ha pagado su participación, se obtenga o no el premio, estará obligada a pagar y la peña podrá reclamar el importe correspondiente (STS de 19 de diciembre de 2007⁹⁷). El hecho de no haberse obtenido el premio no la exime de pagar.

Ocurre con frecuencia que las participaciones se entregan a una persona para que las ponga a disposición de quienes acepten la oferta de participar en el juego o apuesta. La persona que recibe tales participaciones no se convierte en propietario, pues la propiedad de las mismas corresponde a la peña, sino en mandatario (las tiene con el fin de cederlas). Se trata de un servidor de la posesión, no de un titular legítimo que tenga derecho a cobrar el premio en caso de resultar agraciadas las participaciones (STS de 29 de mayo de 1998⁹⁸).

⁹⁴ JUR 2001/200563.

⁹⁵ AC 2005/905.

⁹⁶ AC 2013/1630.

⁹⁷ RJA 2007/9045.

⁹⁸ RJA 1998/4073.

Bibliografía

- ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (2006). «Régimen jurídico del juego en el Código Civil», en *Régimen del juego en España*, coord. A. Palomar Olmeda, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- ALGARRA PRATS, E. (2012). *El contrato de juego y apuesta*, Dykinson, Madrid.
- BELLO JANEIRO, D. (1993). *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993) «Comentario de la STS de 24 de noviembre de 1992», *CCJC*, núm. 31.
- BUSTOS MORENO, Y. B. (2001) *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, Madrid.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1999). «Artículos 1370-1372», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XVIII, vol. 2, Edersa, Madrid.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (1996). *Los contratos de juego y apuesta*, Bosch, Barcelona.
- FERNÁNDEZ VILLA, J. (1993). «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al artículo 1369», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo II, abril-junio 1993.
- GIMÉNEZ DUART, T. (1982). «Cargas y obligaciones del matrimonio», *Revista de Derecho Privado*, núm. 66, junio 1982.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2007). «Comentario a la STS de 24 de abril de 2006», *CCJC*, núm. 74.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1993). «Comentario de la STS de 9 de octubre de 1993», *CCJC*, núm. 33.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991) *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1982). «Artículo 1790», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXII, Edersa, Madrid, 1982.
- HERNÁNDEZ RUEDA, N. (2002). *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales*, Dykinson, Madrid.
- HUALDE MANSO, T. (2000). «Uniones extramatrimoniales y premios de lotería», *Aranzadi Civil*, núm. 1.

- JIMÉNEZ LINARES, M^a. J. (2023). «Comentario a la STS de 5 de octubre de 2022 (RJ 2022,4835). La omisión voluntaria de un bien ganancial y las llamadas cláusulas-cierre en la liquidación de la sociedad de gananciales ¿son formas de renuncia de la acción de complemento o adición de complemento o adición de la sociedad de gananciales?», *CCJC*, núm. 122.
- LLOBET AGUADO, J. (1993). «El contrato de juego y apuesta», *La Ley*, T. II, núm. 3297, 6 de junio de 1993.
- MEJICA GARCÍA, J. M. (1986). «Algunas consideraciones sobre la incidencia del juego en la sociedad de gananciales después de la Ley 11/1981, de 13 de mayo», en *Revista General de Derecho*.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2021.a). «Artículo 1371», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2021.b). «Artículo 1372», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). «Artículos 1362 a 1374», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2020). «Juego y apuesta. Peñas y participaciones de lotería», en *Tratado de Contratos*, tomo III, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia.
- PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, vol. II, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (1987). *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid.
- RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid.
- RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J. A. (2005). *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2013.a). «Artículo 1371», en *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2013.b). «Artículo 1372», en *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia.

- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2013.c). «Artículo 1351», en *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RIERA AISA, L. (1968). Voz «Juego», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIII, Francisco Seix Editor, Barcelona.
- RUBIO GARRIDO, T. (2000) «Comentario STS de 20 de junio de 2000», *CCJC*, núm. 54.
- RUEDA PÉREZ, M. A., y RUEDA PÉREZ, J. M. (1982). «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del CC de 13 de mayo de 1981», *Revista de Derecho Privado*, núm. 66, junio 1982.
- TRAVIESAS, M. M. (1917). «El juego y la apuesta», *Revista de Derecho Privado*, núm. 49, 15 de octubre de 1917.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1982). *Régimen económico del matrimonio*, Edersa, Madrid.

Relación jurisprudencial

Tribunal Supremo

- STS de 5 de octubre de 2022 (RJA 2022/4832)
- STS de 4 de diciembre de 2019 (RJA 2019/5002)
- STS de 22 de febrero de 2016 (RJA 2016/557)
- STS de 11 de junio de 2013 (RJA 2013/4651)
- STS de 6 de octubre de 2010 (RJA 2010/7312)
- STS de 4 de febrero de 2010 (RJA 2010/264)
- STS de 10 de marzo de 2009 (RJA 2009/2752)
- STS de 19 de diciembre de 2007 (RJA 2007/9045)
- STS de 20 de noviembre de 2007 (RJA 2007/8273)
- STS de 9 de marzo de 2007 (RJA 2007/1781)
- STS 11 de julio de 2006 (RJA 2006/6000)
- STS de 3 de julio de 2006 (RJA 2006/3986)
- STS de 24 de abril de 2006 (RJA 2006/7312)
- STS de 7 de abril de 2003 (RJA 2003/2801)
- STS de 22 de diciembre de 2000 (RJA 2000/10405)
- STS de 20 de junio de 2000 (RJA 2000/5296)
- STS de 25 de septiembre de 1999 (RJA 1999/7079)

STS de 29 de mayo de 1998 (RJA 1998/4073)
STS de 31 de diciembre de 1996 (RJA 1996/7723)
STS de 31 de octubre de 1996 (RJA 1996/7723)
STS de 11 de noviembre de 1994 (RJA 1994/8442)
STS de 9 de octubre de 1993 (RJA 1993/8172)
STS de 24 de noviembre de 1992 (RJA 1992/9371)
STS de 6 de marzo de 1992 (RJA 1992/2398)
STS de 11 de marzo de 1991 (RJA 1991/2214)
STS de 11 de febrero de 1991 (RJA 1999/652)
STS de 13 de julio de 1990 (RJA 1990/6153)
STS de 24 de julio de 1989 (RJA 1989/5776)
STS de 2 de noviembre de 1987 (RJA 1987/7765)
STS de 25 de septiembre de 1957 (RJA 1957/2824)

Audiencia Provinciales

SAP Badajoz de 29 de junio de 2022 (JUR 2023/319830)
SAP Madrid de 15 de marzo de 2022 (JUR 2022/187155)
SAP Valencia de 13 de enero de 2020 (AC 2020/415)
SAP Asturias de 12 de enero de 2018 (AC 2018/189)
SAP Valencia de 1 de julio de 2016 (AC 2017/457)
SAP Madrid de 26 de mayo de 2016 (JUR 2016/192658)
SAP Lugo de 4 de marzo de 2016 (AC 2016/370)
SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016/15582)
SAP Valencia de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016/143650)
SAP Castellón de 10 de abril de 2015 (JUR 2015/167195)
SAP Alicante de 27 de marzo de 2015 (AC 2015/775)
SAP Burgos de 19 de diciembre de 2014 (JUR 2015/50003)
SAP Almería de 25 de junio de 2014 (JUR 2014/275145)
SAP Las Palmas de 29 de abril de 2014 (AC 2014/995)
SAP Toledo de 5 de marzo de 2014 (JUR 2014/91961)
SAP Barcelona de 8 de julio de 2013 (AC 2013/1820)
SAP Valencia de 29 de mayo de 2013 (AC 2013/1630)
SAP Guadalajara de 12 de marzo de 2013 (JUR 2013/138171)

SAP Barcelona de 28 de septiembre de 2012 (AC 2012/2158)
SAP Valencia de 2 de marzo de 2012 (AC 2012/733)
SAP Barcelona de 15 de noviembre de 2011 (AC 2011/2161)
SAP Castellón de 9 de noviembre de 2011 (JUR 2012/44924)
SAP Madrid de 12 de septiembre de 2011 (AC 2011/2153)
SAP Castellón de 9 de junio de 2011 (JUR 2011/332839)
SAP Castellón de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011/313256)
SAP Castellón de 10 de diciembre de 2010 (AC 2011/15)
SAP Madrid de 31 de marzo de 2009 (AC 2009/933)
SAP Madrid de 16 de enero de 2009 (JUR 2009/180003)
SAP Valencia 6 de octubre de 2008 (JUR 2009/66108)
SAP Burgos de 16 de mayo de 2007 (AC 2007/1659)
SAP Barcelona de 16 de octubre de 2006 (JUR 2007/134141)
SAP Girona de 21 de junio de 2006 (JUR 2007/65087)
SAP Ciudad Real de 11 de abril de 2005 (AC 2005/905)
SAP Vizcaya de 27 de septiembre de 2004 (JUR 2004/308729)
SAP Málaga 22 de septiembre de 2003 (JUR 2003/243401)
SAP Pontevedra de 20 de enero de 2003 (AC 2003/908)
SAP Tarragona de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003/11227)
SAP Castellón 7 de mayo de 2002 (JUR 2002/2207351)
SAP Navarra de 18 de junio de 2001 (JUR 2001/228961)
SAP Alicante de 24 de mayo de 2001 (JUR 2001/200563)
SAP Asturias de 12 de marzo de 2001 (AC 2001/1118)
SAP Alicante de 20 de diciembre de 2000 (JUR 2001/80334)
SAP Murcia de 28 de octubre de 1999 (2000/31150)
SAP Málaga de 9 de abril de 1999 (AC 1999/1217)
SAP Cuenca de 31 de marzo de 1999 (AC 1999/795)
SAP Valencia de 9 de diciembre de 1998 (AC 1998/2428)
SAP Asturias de 20 de marzo de 1997 (AC 1997/456)
SAP Lleida de 8 de marzo de 1996 (AC 1996/432)
SAP Madrid de 23 de enero de 1993 (AC 1993/60)

LA NATURALEZA DE LAS GANANCIAS OBTENIDAS EN EL JUEGO DE LOTERÍA POR UNO DE LOS CÓNYUGES CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

The nature of the winnings obtained in the lottery game by one of the spouses in community of property

MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ
marcos.lopezs@udc.es
Profesor Titular de Derecho civil
Universidade da Coruña

Cómo citar / Citation

López Suárez, M. A. (2024).

La naturaleza de las ganancias obtenidas en el juego de lotería por uno de los cónyuges constante la sociedad de gananciales
Cuadernos de Derecho Privado, 8, pp. 45-68

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.56>

(Recepción: 15/03/2024; aceptación: 29/04/2024; publicación: 30/04/2024)

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto dilucidar el carácter ganancial o privativo del premio de lotería obtenido por uno de los cónyuges constante la sociedad de gananciales. En este sentido, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1351 del CC el análisis propuesto pudiera suscitar cierta perplejidad. Sin embargo, es posible que el desconcierto inicial se torne en expectación si se toman en consideración aquellos casos en los que el premio o ganancia en el juego trae causa de un décimo «regalado» exclusivamente a uno sólo de los cónyuges. A partir de estos presupuestos, se examinará el ámbito de aplicación del artículo 1351 CC, la naturaleza jurídica del acto de regalar a los efectos de reputarlo como una verdadera donación o, en su caso, como una mera liberalidad de uso y las consecuencias jurídicas que se derivarían de esta última calificación.

Palabras clave

Bienes gananciales y privativos; liberalidades de uso; donación; juego; lotería

Abstract

The purpose of this paper is to elucidate whether or not the lottery winnings obtained by one of the spouses in the community of property have a community property nature. In the light of the provisions of Article 1351 CC, the proposed analysis could give rise to some perplexity. However, the initial bewilderment could turn into a certain expectation if we take into consideration those cases in which the prize or winnings in the game are the result of a lottery ticket «given» exclusively to only one of the spouses. Based on these assumptions, the scope of application of Article 1351 CC will be examined, the legal nature of the act of giving for the purposes of considering it as a true donation or, as the case may be, as a mere accustomed liberality and the legal consequences that would derive from the latter classification.

Keywords

Marital and community property; accustomed liberalities; gift; gambling; lottery.

SUMARIO:

I. PRELIMINAR. II. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 1351 DEL CC. III. LAS GANANCIAS DE LA LOTERÍA Y EL ARTÍCULO 1346, 2.º, CC. IV. LAS GANANCIAS DE LA LOTERÍA DE NAVIDAD Y LAS LIBERALIDADES DE USO. V. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. PRELIMINAR

Es lugar común en la doctrina reconducir el tratamiento jurídico de lo ganado en el juego constante la sociedad de gananciales al ámbito del artículo 1351 CC, a cuyo tenor – y en lo que aquí importa – «[L]as ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego [...] pertenecerán a la sociedad de gananciales»¹. Mas, es cierto también que el precepto transcrito ha de cohonestarse con lo dispuesto en el artículo 1346, 2.º CC, de acuerdo con el cual «[S]on privativos de cada uno de los cónyuges: [...] 2.º Los [bienes, animales y derechos] que adquiera después por título gratuito». De este modo, bien pudiera afirmarse que, si las ganancias obtenidas por uno de los cónyuges traen causa de una atribución previa a título gratuito constante la sociedad de gananciales, tales ganancias habrán de reputarse privativas siempre que, *ex* artículo 1353 CC, la atribución en cuestión no se hubiese hecho «conjuntamente y sin especial designación de partes»,

¹ En contraposición a la regla expuesta, si el régimen económico matrimonial de los cónyuges fuese el de separación de bienes, habrá de tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 1437 CC, «pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título»; en consecuencia, centrándose en el juego de la lotería, si el décimo agraciado fuese adquirido con el dinero de uno sólo de los cónyuges, sólo éste sería el beneficiario del premio. Ahora bien, si en la compra del billete se hubiese invertido dinero por ambos cónyuges, el eventual premio les pertenecería a los dos, *pro indiviso ordinario*, en proporción a lo aportado. Por lo que respecta al régimen de participación en las ganancias, debe significarse que, *ex* artículos 1413 y 1414 CC, la solución sería parcialmente coincidente con la ya expuesta en relación con el régimen de separación de bienes. En efecto, constante el régimen de participación en las ganancias, si el décimo hubiera sido adquirido por uno sólo de los cónyuges, sólo éste sería el beneficiario del premio y si, en cambio, el décimo fue adquirido conjuntamente por los dos cónyuges, el premio les pertenecería a ambos *pro indiviso ordinario*. Sin embargo, el hecho diferenciador radica en que, en la fase de liquidación del régimen de participación, «cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente» (art. 1411 CC). De este modo, en el supuesto de que el décimo hubiera sido comprado sólo por uno de los cónyuges, aunque el premio obtenido fuese exclusivamente suyo durante la vigencia del régimen – tal y como acontece en el régimen de separación de bienes –, el consorte tendría derecho a participar de las ganancias, en su caso, en el momento de la liquidación.

o, aun en este último supuesto, la liberalidad no hubiera sido aceptada por ambos cónyuges o la persona que la realizara no hubiese dispuesto lo contrario.

Sin embargo, a mi juicio, la solución expuesta adolece de cierto automatismo; cuando menos en relación con aquellos supuestos en que las ganancias obedecen a los décimos que las personas suelen entregar o intercambiar en vísperas del sorteo de la lotería de Navidad. Y es que, en tales casos, y en otros similares en los que concurre identidad de razón, cabría plantearse si tales entregas o intercambios no se tratarían, en puridad, de auténticas liberalidades de uso.

Así las cosas, en el presente trabajo se analizarán las tres siguientes cuestiones: en primer término, la regla general que atribuye carácter ganancial a lo obtenido por cualquiera de los cónyuges en el juego, constante la sociedad de gananciales; en segundo lugar, los requisitos que, *a priori*, permitirían desplazar la aplicación de dicha regla por entender que las ganancias son obtenidas por uno sólo de los cónyuges a título gratuito; y, finalmente, los presupuestos para la posible consideración de tales ganancias como meras liberalidades de uso y sus consecuencias.

II. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 1351 DEL CC

El artículo 1351 CC, en lo que en este trabajo resulta de interés, establece el carácter ganancial de lo obtenido por los cónyuges en los juegos de azar o fortuna². En síntesis, se justifica la regla expuesta – en cuanto derivación o complemento de lo dispuesto en el artículo 1347, 1.º, CC – en el hecho de que si son gananciales los bienes procedentes directa o indirectamente de la actividad de los cónyuges – sea o no constitutiva de esfuerzo o trabajo – con mayor razón habría que incluir en el patrimonio ganancial lo que los cónyuges hubieran obtenido debido a la fortuna en el juego³.

² Como subraya De los Mozos (1984: 161), la regla formulada en el artículo 1351 CC debe concebirse en términos amplios y no circunscrita al concepto de «industria» del artículo 1347, 1.º, CC; esto es, debe comprender también las ganancias derivadas de aquellos juegos en los que la destreza o habilidad quedan completamente al margen. En este orden de ideas, el citado autor (*op. et loc. cit.*) destaca, asimismo, el hecho de que el legislador, para configurar específicamente los denominados «bienes de fortuna» como gananciales, se ha atenido a un criterio de oportunidad, más allá de los criterios generales del artículo 1347 CC. Por otra parte, aunque exceda del ámbito de este trabajo, se ha discutido si deben incluirse en el supuesto de hecho del precepto objeto de comentario no sólo las ganancias procedentes del juego lícito sino también aquellas logradas a través de juegos prohibidos por la ley. A este respecto, ya desde los primeros comentaristas – Manresa (1930: 534-535) – la doctrina se ha decantado por considerar ganancial el beneficio obtenido en cualquier clase de juego, aunque sea prohibido.

³ En términos parecidos se manifiesta el TS (Sala de lo Civil) en la sentencia núm. 1230/2000, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9585). Sobre el fundamento del entonces vigente artículo 1406 CC – del que el artículo 1351 CC es equivalente – señalaba Reyes Monterreal (1962: 180) que no había «razón alguna para que, lo que, sin esfuerzo ni gestión [...] por parte de los cónyuges, y sin correlación a sus desembolsos,

Asimismo, debe significarse que la regla del artículo 1351 CC opera, en principio, con independencia de la naturaleza del bien del que traiga causa dicha ganancia. En otros términos, el artículo 1351 CC supone un desplazamiento del principio de subrogación previsto, con carácter general, en los artículos 1346, 3.º y 1.347, 3.º, CC, a cuyo tenor, respectivamente, serán privativos los bienes «*adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos*» y gananciales «*los adquiridos [...] a costa del caudal común*»⁴.

Idéntica conclusión sostienen en la doctrina, entre otros, Reyes Monterreal⁵ y Peña Bernaldo de Quirós, para quien las ganancias obtenidas por un cónyuge en el juego – en el marco de la sociedad de gananciales – pertenecerán a la sociedad «aunque los bienes que se arriesguen sean privativos»⁶. Y también, aunque con ciertas reservas o matices, Giménez Duart, para quien, «dados los términos del artículo [...] y la vis atractiva a la ganancialidad en los casos dudosos (art. 1361)», resulta preferible estimar ganancial el premio o adquisición⁷ y, en fechas más próximas, Rebolledo Varela, quien, después de afirmar que el artículo 1351 CC «establece una ganancialidad objetiva de las cantidades y objetos ganados, prescindiendo del carácter ganancial o privativo del dinero o contraprestación utilizado en el juego o apuesta», precisa que «[E]n el eventual supuesto de que se pudiera demostrar el carácter privativo del dinero [...] lo ganado no dejaría de ser ganancial sin perjuicio del derecho de reembolso del art. 1358 CC»⁸.

Con todo, del examen de la doctrina científica sobre la materia cabe colegir que la opinión expuesta, aun siendo mayoritaria, no es pacífica⁹. En este sentido, si bien referido al entonces vigente artículo 1406 CC – del que el actual artículo 1351 CC es, en esencia, trasunto –, Lacruz no excluía el juego de la subrogación real en aquellos casos

deba atribuirse privativamente a alguno de ellos, hallándose los dos en paridad de circunstancias al tiempo de la recepción».

⁴ Sobre el mecanismo técnico-jurídico de la subrogación real en el ámbito de la sociedad de gananciales, *vid.*, por todos, Rams Albesa (1984: 296-351).

⁵ Reyes Monterreal (1962: 180 y 181). A este respecto, el citado autor, en una contribución posterior – los *Comentarios al Código civil* de M. Scævola (1967: 444) – excluía el juego del principio de subrogación en relación con las ganancias obtenidas en el juego en los siguientes términos: «Por la especialidad de esta adquisición, creemos que, aun en el supuesto de que el dinero invertido en la adquisición de los boletos, billetes o papeletas de apuestas, loterías o rifas, fuese privativo de uno de los cónyuges, no habrá lugar a reconocer un crédito para el titular del mismo a su reintegro o abono; pues no es, ciertamente, [...] el criterio de la procedencia del dinero el determinante de esta especial adscripción, sino la especialidad de la regla, lo que determina que sea ganancial una adquisición que, en casos generales, debía considerarse privativa».

⁶ (1991: 657). En el mismo sentido se pronuncia también, más recientemente, Moralejo Imberón (2021: 1752), para quien «[L]o que parece claro es que no se sigue aquí el principio de subrogación real [...], que obligaría a tener en cuenta la procedencia del dinero [...] que se empleó para comprar el billete de lotería [...]».

⁷ Giménez Duart (1982:130).

⁸ Rebolledo Varela (2013:9559).

⁹ *Cfr.* Reyes Monterreal (1962:182).

en los que ésta fuese inequívoca atendiendo a las circunstancias en las que el billete de lotería fue adquirido; fundamenta su parecer, el citado autor, en que «ni se trata de un juego en el sentido que da el art. 1406 a esta palabra, ni la modesta actividad empleada por el cónyuge para comprar el billete, es valuable frente al precio del mismo»¹⁰.

Sin embargo, debe subrayarse que, en el caso de Lacruz, la divergencia apuntada es más aparente que real. Y es que el citado autor parte de la consideración de que el susodicho artículo 1406 CC no supone sino una concreción, para un caso determinado (los denominados «dones de fortuna»), del concepto de «industria» plasmado, en su momento, en el artículo 1401-1.º CC – actual artículo 1.347, 1.º CC – y tiene como presupuesto una idea de ganancia que, aunque desproporcionada al esfuerzo aplicado, es el resultado de la actividad de los cónyuges. Por ello, en la medida en que la destreza o habilidad de los cónyuges apenas tiene incidencia en las ganancias obtenidas, en su caso, por los cónyuges en la lotería y que la actividad de cualquiera de ellos en la adquisición del billete o décimo no es susceptible de valoración en relación con el precio de dicho billete, Lacruz excluye el supuesto de hecho del ámbito del artículo 1406 CC y considera que en relación con el mismo puede operar una subrogación real. Por otra parte, debe también advertirse que en obras posteriores el propio Lacruz, al abordar la cuestión del carácter ganancial de los bienes procedentes del juego, omite toda referencia al supuesto mencionado, de modo que no cabría descartar un cambio en el parecer expresado con anterioridad¹¹.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, son pocas las ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre cuestiones relacionadas con el artículo 1351 CC y puede afirmarse que en ninguna de ellas ha enjuiciado de manera directa la cuestión de la subrogación; esto es, la posibilidad de considerar privativo el premio del juego *ex* artículo 1346, 3.º CC. En efecto, en la STS (Sala de lo Civil) núm. 1230/2000, de 22 de diciembre¹², la controversia se articula, no en torno a la naturaleza ganancial del dinero obtenido por uno de los cónyuges en la lotería primitiva, sino a la titularidad del boleto de lotería, ya que, según el cónyuge demandado en instancia, aquélla no le correspondería a él sino a su madre. En la STS (Sala de lo Civil) núm. 177/2018, de 3 de abril¹³, el objeto de la litis consiste en la impugnación de una liquidación de la sociedad conyugal – por no

¹⁰ Lacruz (1974: 286, n. 4).

¹¹ Lacruz (1982: 404 y 405).

¹² ECLI:ES:TS:2000:9585.

¹³ ECLI:ES:TS:2018:1228.

haber incluido en ella el premio obtenido anteriormente por uno de los cónyuges – y en la resolución del supuesto con arreglo al derecho extranjero. En la STS (Sala de lo Civil) núm. 645/2022, de 5 de octubre¹⁴, la cuestión jurídica que se debate versa sobre la procedencia de la adición o complemento de una liquidación de gananciales con el dinero procedente del premio de lotería – cuya existencia era conocida por ambos cónyuges – cuando en el convenio regulador se incluye una cláusula de cierre por la que las partes manifiestan darse por pagadas en su haber. En la STS (Sala de lo Civil) núm. 825/2022, de 23 de noviembre¹⁵, el litigio se centra en la omisión en la formación del inventario de una sociedad de gananciales del premio de lotería presuntamente obtenido por uno de los cónyuges; mas, la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal – con la consiguiente reposición de las actuaciones al momento previo a dictarse la sentencia de apelación – determina, en buena lógica, que el Alto Tribunal no se pronuncie sobre el fondo.

Por lo demás, cabe afirmar que, en esencia, en el resto de los casos enjuiciados por el Tribunal Supremo, la litigiosidad suscitada en el marco del artículo 1351 CC se circunscribe a su aplicación extensiva a las parejas de hecho¹⁶. En este sentido el Alto Tribunal ha venido negando de manera sistemática la existencia de una relación de

¹⁴ ECLI:ES:TS:2022:3605. En este orden de ideas, a los fines de descartar el juego del principio de subrogación en el marco del artículo 1351 CC, pudiera resultar indicativo el hecho de que la sentencia del juzgado de primera instancia de la que trae causa, en último término, la STS núm. 645/2022, de 5 de octubre, no toma en consideración la alegación del cónyuge demandado de haber comprado el décimo de la lotería con dinero privativo. Sin embargo, lo cierto es que en el FD primero de la referida STS no se hace mención a los motivos por los que el tribunal de instancia parte de la naturaleza ganancial del premio, sin que, por otra parte, resulte factible acceder a esta última resolución y consultar íntegramente su fundamentación.

¹⁵ ECLI:ES:TS:2022:4241.

¹⁶ *Cfr.* SSTS (Sala de lo Civil) de 31 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:6029), núm. 31/2010, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:153) y núm. 416/2011, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3634). En lo que aquí resulta de interés, la base fáctica del primero de los pronunciamientos reseñados estaba constituida por una situación de convivencia conyugal entre actora y demandado en un espacio temporal en el que resulta premiado un décimo de la lotería nacional, que cobra el demandado e ingresa en su cuenta corriente e inmediatamente lo traspassa a la de la actora en la que él tenía autorización para disponer, y en la que fueron cargando las adquisiciones y disposiciones efectuadas tanto por él como por ella; en cuanto a la segunda de las sentencias citadas, el hecho básico en que se sustenta el ejercicio de la acción parte igualmente de una situación de convivencia, con intermitencias y separaciones, y en la que en fechas posteriores a la ruptura definitiva uno de los miembros de la unión de hecho es agraciado con un premio de la lotería primitiva; y ya en lo que atañe a la última de las sentencias mencionadas, la cuestión litigiosa se centraba en la solicitud de abono por uno de los convivientes *more uxorio* de la mitad del importe correspondiente a las disposiciones efectuadas por el otro miembro de la pareja sobre el dinero que este último – junto con su madre y otras dos personas – había obtenido en el sorteo del «Cuponazo» de la ONCE. A propósito de las SSTS núm. 31/2010, de 4 de febrero y núm. 416/2011, de 16 de junio, en el ámbito doctrinal pueden consultarse, respectivamente, sendos comentarios a cargo de De la Iglesia Monje (2010: 1.838-1.840) y Paniza Fullana (2011: 25-38).

analogía entre matrimonio y pareja de hecho¹⁷; de ahí que, salvo en algunos aspectos, entre los que no se encuentra, de entrada, la existencia de un régimen económico matrimonial, no sea factible trasponer a las uniones *more uxorio* el régimen jurídico del matrimonio. Con todo, el propio Tribunal Supremo ha declarado inveteradamente que las normas del matrimonio atinentes a los regímenes económico matrimoniales – y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o patrimonios comunes – pueden resultar de aplicación en aquellos casos en que los miembros de la unión de hecho lo han pactado así de modo expreso o bien por vía de la analogía *iuris*, cuando por *facta concludentia* resulta posible determinar que en dicha unión existía una voluntad inequívoca de crear un patrimonio común¹⁸.

Así pues, el examen de la jurisprudencia no permite colegir nada concluyente acerca de la trascendencia o, en su caso, irrelevancia de la procedencia del dinero con el que se adquirió el boleto de la lotería premiado en orden a la consideración de las ganancias como privativas o gananciales. De este modo, ante la falta de argumentos en sentido contrario, estimo que no habría justificación alguna para considerar desvirtuada en sede jurisprudencial la inequívoca regla de determinación de la ganancialidad que, en relación con las ganancias obtenidas en el juego, contiene el artículo 1351 CC¹⁹.

III. LAS GANANCIAS DE LA LOTERÍA Y EL ARTÍCULO 1346, 2.º, CC

Delimitado el ámbito de aplicación del artículo 1351 CC en los términos expuestos, cabría preguntarse en este momento si las ganancias procedentes del juego – estando vigente la sociedad de gananciales – tienen en todo caso la consideración de bienes gananciales. A este respecto cabe ya adelantar que, en determinados supuestos, cuando en la consecución de las ganancias por los cónyuges concurre una voluntad extraña, que toma en consideración a uno sólo de ellos, la regla de ganancialidad del

¹⁷ A este respecto resulta paradigmática la STS (Sala de lo Civil) núm. 611/2005, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5270), cuya doctrina es sistemáticamente reiterada. Asimismo, especialmente sugerentes, por cuanto son susceptibles de generalización, se consideran las objeciones formuladas por Díaz Teijeiro (2023: 371-380) al criterio jurisprudencial contrario a la aplicación analógica a las uniones de hecho de lo dispuesto en el art. 97 CC en relación con la prestación por desequilibrio económico en caso de crisis matrimonial.

¹⁸ *Cfr.*, *inter alia*, SSTS (Sala de lo Civil) núm. 160/2006, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:734), núm. 1048/2006, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6421), núm. 299/2008, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2187), núm. 1040/2008, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:7175) y núm. 416/2011, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3634).

¹⁹ Y es que, como señala Reyes Monterreal (1962:181), cuando «es el azar o el acaso quien hace entrar en el hogar de un casado beneficios extraordinarios e imprevistos, totalmente aleatorios, justo es que lo entrado recaiga en el patrimonio de los consortes».

artículo 1351 CC cede²⁰. No en vano, el artículo 1351 CC ha de conjugarse con la previsión del artículo 1346, 2.º, CC, que – como se ha tenido ocasión de señalar – establece el carácter privativo de los bienes y derechos adquiridos por uno de los cónyuges, después de comenzada la sociedad, «*por título gratuito*»²¹.

En este sentido, no han faltado autores que, si bien, en principio, albergan dudas sobre el carácter ganancial o privativo de lo ganado en el juego cuando la participación del cónyuge se realiza a través del regalo de un tercero, consideran que el artículo 1351 CC – como se ha tenido ocasión de señalar – regula una situación objetiva más allá del carácter ganancial o privativo de lo que se emplea para jugar; de ahí – se concluye – que todo lo obtenido por cualquiera de los cónyuges en el juego será ganancial «por calificación legal en norma específica»²². Mas, a lo que creo, en el supuesto objeto de examen, el principio de especificidad o especialidad ha de entenderse en otros términos. En efecto, el referido artículo 1351 CC constituye – según se ha anticipado – una concreción del régimen contemplado en el artículo 1347, 1.º, CC, pero no cabe sostener lo mismo en relación con lo previsto en el artículo 1346, 2.º, CC, cuyo ámbito genérico de aplicación – radicalmente diverso – determina, precisamente, que, en relación con las ganancias procedentes del juego, represente una auténtica especialidad respecto del tratamiento que de aquéllas se establece en el marco general de los bienes gananciales.

En este orden de ideas, es común en la doctrina circunscribir, de entrada, los negocios de adquisición *inter vivos* a título gratuito previstos en el artículo 1346, 2.º, CC a la donación²³; mas, siendo ello lo habitual, nada obsta para admitir que también tengan cabida en el supuesto de hecho del referido artículo 1346, 2.º, CC aquellas atribuciones patrimoniales que no siendo susceptibles de ser consideradas donaciones en sentido

²⁰ Cfr. Reyes Monterreal (1962:181), quien, después de reconocer el carácter ganancial de «lo que, excepcional y graciosamente, por uno o por ambos [cónyuges] se obtiene», exceptúa aquellos casos en que «la razón o causa de este beneficio esté en la situación en que el cónyuge materialmente adquirente se encuentre respecto del origen o motivo de la ganancia misma».

²¹ A este respecto resulta sumamente ilustrativo, por cuanto contiene una perfecta síntesis de lo indicado *supra*, lo declarado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su sentencia núm. 807/2002, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5697) acerca de la naturaleza privativa de los bienes y derechos adquiridos por uno de los cónyuges *ex* artículo 1.346, 2.º, Cc: «la razón de esta privatividad es que la causa de esta atribución no ha concurrido la conducta participativa del otro cónyuge, sino la exclusiva contemplación de la persona del atribuido en la voluntad del atribuyente (donación, herencia o legado)».

²² Véase Rebolledo Varela (2013:9559).

²³ A modo de ejemplo, De los Mozos (1984:97) señala que «[t]ambién serán bienes privativos [...] los que cada cónyuge adquiera por título lucrativo, por herencia, legado o donación»; de igual modo, Peña Bernaldo de Quirós (1991:638) indica, respecto de los bienes adquiridos a título gratuito, que entre ellos «[S]e incluyen, en principio, los bienes donados [...] o los dejados en testamento por título particular o por título universal [...]», si bien precisa, inmediatamente, que en la expresión «adquisición por título gratuito» tendría cabida «cualquier título lucrativo».

estricto conllevan, sin contraprestación onerosa, la transferencia de un derecho subjetivo del patrimonio de un sujeto al de otro²⁴.

Así las cosas, en el marco de las coordinadas expuestas, a los fines de determinar la verdadera naturaleza de la atribución cuando las ganancias de los cónyuges derivan del décimo de lotería entregado de manera gratuita por un tercero a uno de ellos – o a los dos, en los términos del artículo 1353 CC, *a contrario* – habría que preguntarse por el concreto objeto de dicha atribución. La cuestión no se presenta con perfiles nítidos, si bien no es infrecuente en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales encontrar resoluciones en las que parece presumirse que dicha atribución constituiría – mediando *animus donandi* – una donación²⁵.

Sin embargo, partiendo de la caracterización jurídica previa de lo que sea lotería y el décimo o las participaciones de lotería, creo que la conclusión a la que cabe llegar es otra. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, *b*) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego²⁶, por lotería se entienden «*las actividades de juego en las que se otorgan premios en los casos en que el número o combinación de números o signos, expresados en el billete, boleto o su equivalente electrónico, coinciden en todo o en parte con el determinado mediante un sorteo [...]*»²⁷. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto de 23 de marzo de 1956, por el que se modifica la Instrucción General de Loterías²⁸, «*[L]os billetes de la Lotería Nacional son documentos al portador, por lo cual no se reconoce más dueño de ellos que la persona que los presente [...]*».

²⁴ Sobre el concepto de atribución patrimonial *vid.* Díez-Picazo (2007: 97 y 98).

²⁵ En este sentido, entre otras, puede traerse a colación la SAP de Madrid (Secc. 13.^a) núm. 218/2020, de 25 de junio (ECLI:ES:APM:2020:6695) en la que se cuestiona la titularidad de un décimo de lotería – finalmente premiado – cuya adquisición fue encargada por una persona a un trabajador de la residencia en la que aquélla estaba internada. En esencia, el debate jurídico se centra en el negocio jurídico que justificaría la posesión del título y al respecto resulta altamente significativo el hecho de que la Audiencia Provincial identifique acto de liberalidad y donación: «lo que se está cuestionando es si el premio del título le correspondía en su totalidad [a la demandada] o debía de compartirlo con el actor, y a falta de una prueba evidente que demuestre que el título le fue entregado a la demandada por acto de liberalidad. Efectivamente, para poder apreciar una donación, a los efectos del artículo 618 Código civil, requiere la acreditación del *animus donandi* [...]».

²⁶ BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2011.

²⁷ A su vez, el citado artículo 3, *b*) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, precisa que la comercialización de la lotería se hará por medio de «*billetes, boletos o cualquier otra forma de participación cuyo soporte sea material, informático, telemático, telefónico o interactivo*».

²⁸ BOE núm. 113, de 22 de abril de 1956. A pesar de que el título de la disposición pudiera inducir a pensar en una simple modificación de carácter parcial, lo cierto es que se trata de la aprobación de una nueva Instrucción.

De este modo, cabe colegir que el décimo de lotería no constituye un simple objeto o una «cosa», sino que se trata, en puridad, de un documento o título al portador que lleva ínsito el derecho de quien lo posea a participar en el sorteo de que se trate y a hacer suyo el premio que, eventualmente, le pudiera corresponder en caso de ser agraciado el boleto²⁹. A este entendimiento también coadyuva la doctrina sentada por el Tribunal Supremo acerca de la configuración de las participaciones de lotería como un título al portador impropio. En efecto, en este sentido, en relación con las referidas participaciones, resulta sumamente clarificador lo declarado por el Alto Tribunal (Sala de lo Civil) en sentencia de 9 de octubre de 1993³⁰:

«[...] no se está en presencia de títulos-valores propiamente mercantiles como títulos de crédito, sino y, en todo caso, se trataría de títulos impropios al portador, cuya circulación se produce con la simple entrega del documento, al que también le asiste, como característica, la aplicabilidad del régimen de las cosas muebles y opera en la forma de quien acceda o posea el título de buena fe, también adquiere los derechos inherentes al mismo y que el título representa; en este caso supeditados [...] a obtener premio en el sorteo con el que están relacionados y que constituye la nota de su aleatoriedad»³¹.

Así las cosas, resulta difícil conciliar la naturaleza de la atribución de un décimo de lotería con la propia de la donación. Máxime cuando en ésta por definición el enriquecimiento del donatario debe ir acompañado de un correlativo empobrecimiento efectivo del donante³². En este sentido, parece evidente que el valor nominal del décimo

²⁹ No se quiere significar con ello, en modo alguno, que el objeto de la donación deba circunscribirse únicamente a las cosas. De hecho, la posibilidad de donar derechos – más allá de la literalidad del artículo 618 CC («*La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta*») – es unánimemente aceptada por la doctrina. Al respecto, *vid.*, por todos, Albaladejo y Díaz Alabart (1986: 19).

³⁰ ECLI:ES:TS:1993:17689.

³¹ Como «verdaderos títulos valor atípicos» son también calificadas las participaciones de lotería en la STS (Sala de lo Civil) núm. 501/1998, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:3520). En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, la SAP de Castellón (Secc. 3.ª) núm. 368/2011, de 9 de noviembre (ECLI:ES:APCS:2011:1378) insiste en la calificación de las participaciones como título valor al portador atípico e impropio, en la medida en que el titular puede ejercitar el derecho incorporado al documento sin necesidad de presentar la papeleta original siempre que la titularidad quede fijada por otros medios. Idéntica consideración del billete de lotería como «título valor atípico» se encuentra en la SAP de Madrid (Secc. 22.ª) núm. 360/2013, de 16 de mayo (ECLI:ES:APM:2013:9424).

³² *Vid.*, por todos, Albaladejo y Díaz Alabart (1986:17 y 18). En este orden de ideas, Albiez Dohrmann (2013: 4.721) subraya cómo el correlativo empobrecimiento de uno y enriquecimiento del otro tienen un significado claramente causal – «[E]s la causa objetiva de la donación y explica su estructura gratuita de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1274 CC» – y, al mismo tiempo, desempeñan una función económica, de modo que tanto uno como otro elemento «debe ser valorado patrimonialmente (para diferenciar las

no revestirá, de ordinario, la entidad suficiente como para considerar que se ha producido dicho empobrecimiento³³. En este orden de ideas, pudiera argumentarse que el sacrificio experimentado por parte de la persona que entrega el décimo radica en la pérdida del eventual premio; sin embargo, la donación requiere que el empobrecimiento suponga la pérdida por parte del donante de un elemento patrimonial ya existente en el momento de realizarse la donación, lo que no acontece en el supuesto objeto de análisis.

En suma, en el caso que nos ocupa – entrega gratuita de un décimo de lotería a uno de los cónyuges estando vigente la sociedad de gananciales – nos hallaríamos ante una atribución patrimonial *sui generis* cuyo contenido, en esencia, sería la expectativa de obtener un premio propio de un juego de suerte, envite o azar y a la que no serían aplicables las reglas de la donación. Entender lo contrario supondría admitir, cuando menos, resultados tan irrazonables como que, una vez obtenido el premio, la «donación» pudiera ser revocada, en su caso, por la exclusiva voluntad del «donante» del décimo, *ex* artículos 644 y 646 CC, a través de la superveniencia de un hijo en el transcurso de los cinco años siguientes al momento en que tuvo lugar la «donación»³⁴. Por otra parte, de materializarse la expectativa, el premio obtenido *ex* artículo 1346, 2.º, CC pasaría a integrarse en el patrimonio privativo del cónyuge a quien le fue regalado el décimo³⁵.

donaciones de las liberalidades de uso)». En sede jurisprudencial, cabe traer a colación la STS (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9938) en la que se conceptúa la donación como «un negocio jurídico por el cual una persona, por voluntad propia, con ánimo de liberalidad “*animus donandi*” se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otra que se enriquece».

³³ Con todo, teóricamente pudiera sostenerse la existencia de empobrecimiento, atendiendo al valor nominal de los billetes de lotería y a la situación patrimonial del donante, en aquellos supuestos en que éste hubiese atribuido a uno de los cónyuges un número desproporcionado de décimos.

³⁴ Conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 644 CC, «[T]oda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos [...]»; a su vez, a tenor del artículo 646 CC: «La acción de revocación por superveniencia [...] de hijos prescribe por el transcurso de cinco años, contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo [...]». En este orden de ideas, tampoco cabría excluir *a priori* una revocación por causa de ingratitud (cfr. art. 648 CC), mas, a diferencia del supuesto que se comenta *supra*, en tales supuestos la revocación se basaría en una conducta del «donatario» que es merecedora de reproche jurídico y no en la voluntad del «donante» que, de manera sobrevenida, en vista de que el décimo entregado ha resultado premiado, busca tener descendencia para beneficiarse del premio en cuestión.

³⁵ Y ello con independencia de que el premio se ingrese, en su caso, en una cuenta corriente de titularidad indistinta. En efecto, como ha declarado el Tribunal Supremo de manera uniforme, constante y pacífica, «la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos, por el solo hecho de figurar como titular indistinta, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad» (STS – Sala de lo Civil – núm. 83/2013, de 15 de febrero –

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que las conclusiones alcanzadas serían igualmente extrapolables a aquellas hipótesis en que los destinatarios del décimo fuesen ambos cónyuges siempre que la atribución conjunta no se hubiese realizado sin especial designación de partes. Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 1353 CC, *a contrario*, que, si bien se refiere expresamente a los «bienes donados», en cuanto concreción del artículo 1346, 2.º, CC, debe estimarse referible a cualquier acto de adquisición a título gratuito³⁶.

Acerca del significado que haya de atribuirse a la expresión «sin especial designación de partes», la doctrina ha sostenido pareceres diversos. En síntesis, la cuestión estriba en determinar si una designación «por mitad» o realizada a través de otras fórmulas equivalentes – en caso de que los beneficiarios del acto a título gratuito no fuesen exclusivamente los cónyuges – en las que la designación se traduce en una cuota numérica idéntica equivale a «especial designación» o, si, por el contrario, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 983, párr. 2.º, CC, que, en sede del denominado derecho de acrecer, precisa que «[L]a frase «por mitad o por partes iguales» u otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado [...]» y, en consecuencia, no excluyen el juego de dicho derecho.

A este respecto, algunos autores, como Rodríguez López, han considerado que el artículo 1353 CC, en cuanto precepto excepcional, «debe ser interpretado con criterios mucho más restrictivos que los formulados a propósito del acrecimiento hereditario», de suerte tal que «[L]as locuciones “por mitad” o “por partes iguales” han de estimarse constitutivas de una especial designación impidiendo por ello la adquisición conjunta o ganancial»³⁷. De acuerdo con este planteamiento, si en la hipótesis concreta que nos ocupa el décimo fuese entregado a ambos cónyuges indicándose que se hace «por mitad» o para jugar «a medias», el premio resultante pertenecería a ambos cónyuges con carácter privativo.

Otros autores, en cambio, sostienen que el artículo 1.353 CC debe ser interpretado de manera coincidente con la del artículo 983, párr. 2.º, CC. En este sentido, se manifiesta

ECLI:ES:TS:2013:505–; en el mismo sentido, *vid.*, por todas, STS – Sala de lo Civil – núm. 1010/2000, de 7 de noviembre – ECLI:ES:TS:2000:8051 – y las sentencias allí mencionadas).

³⁶ Sobre la aplicación del artículo 1353 CC a hipótesis no expresamente contempladas en su supuesto de hecho – aunque centrándose en el ámbito de las disposiciones *mortis causa* – *cfr.* Pretel Serrano (1991:661), para quien «aunque el artículo se esté refiriendo sólo a “testamento” no existen obstáculos para admitir que la disposición se realice a través de otros mecanismos (sucesión contractual)».

³⁷ Rodríguez López (1981: 273).

Giménez Duart para quien – asumiendo como premisas que el llamamiento conjunto o solidario constituye la razón de ser de la ganancialidad y que la solidaridad es, asimismo, el fundamento objetivo del derecho de acrecer – si el legislador entiende en el caso del acrecimiento que la frase «por mitad o por partes iguales» no implica la desaparición de la conjunción, entonces «no hay por qué interpretar de modo diferente la misma frase en el caso del artículo 1353»³⁸. Por lo tanto, haciendo aplicación de lo expuesto al caso objeto de examen, el premio que trajese causa de un décimo atribuido a ambos cónyuges «por mitad» tendría naturaleza ganancial.

Así las cosas, en relación con el interrogante expuesto, se estima preferible tomar como referencia la previsión que, en sede del derecho de acrecer, establece el referido artículo 983, párr. 2.º, CC, no sólo porque, como destaca Martínez Sanchiz³⁹, dicho precepto es el único que se ocupa directamente de la materia, sino también porque, desde un punto de vista sistemático, sus términos son susceptibles de ser extrapolados a los cónyuges *ex* artículo 637, párr. 2.º, CC, de acuerdo con el cual el derecho de acrecer tendrá lugar en «*las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges [...] si el donante no hubiese dispuesto lo contrario*».

Por otra parte, también cabría sostener el carácter privativo de la atribución realizada a ambos cónyuges sin especial designación de partes si la persona que realiza la atribución así lo hubiese dispuesto (arg. *ex* art. 1353 CC, *a contrario*). En tales casos, el décimo atribuido y el ulterior premio pertenecería a ambos cónyuges en copropiedad ordinaria a partes iguales. Con todo, debe señalarse la excepcionalidad del supuesto comentado; máxime, y dejando al margen las cuestiones relativas a las dificultades que pudieran suscitarse en el ámbito de la prueba⁴⁰, si se tiene en cuenta que, en la práctica, la entrega del décimo a quienes son cónyuges no suele ir acompañada de ninguna especificación acerca del porcentaje de participación de cada uno de ellos en el eventual premio.

³⁸ Giménez Duart (1982: 120).

³⁹ Martínez Sanchiz (1985:386). En este orden de ideas, tampoco han faltado autores como Torralba Soriano (1984: 1.621-1.622) para quienes la expresión «*por mitad o por partes iguales*» excluiría el carácter ganancial del bien o derecho objeto de atribución, pero no el derecho de acrecer siempre que no se hiciese a cada cónyuge dueño de un cuerpo de bienes separado; en otros términos, en tales hipótesis, cabría entender que la atribución es privativa y que, como se ha hecho conjuntamente a los cónyuges, en caso de que uno de ellos repudiase o renunciase a su parte, se daría el derecho de acrecer a favor de quien la acepta.

⁴⁰ A este respecto señala Rebolledo Varela (2013: 9573) que, aunque el artículo 1353 CC no exija una forma determinada para la disposición por parte del donante acerca del carácter privativo de la atribución, «dadas sus consecuencias y frente a la presunción de ganancialidad implícita en la norma debe constar claramente su existencia».

Por último, en relación con la atribución conjunta, en la medida en que el artículo 1353 CC exige la aceptación de la liberalidad por ambos cónyuges, cabría plantearse, al menos en el plano teórico, qué consecuencias se derivarían en caso de que el décimo fuese aceptado solamente por uno de ellos. En términos generales, sin circunscribirlo a la hipótesis específica que nos ocupa, la doctrina ha analizado el interrogante planteado partiendo del carácter ganancial de la atribución y atendiendo a la naturaleza – definitiva o transitoria – de la situación atinente a la aceptación⁴¹. Sin embargo, en lo que concierne al supuesto del décimo, el análisis en cuestión se simplifica toda vez que su presupuesto es la atribución de la liberalidad – ya desde el momento inicial – con carácter privativo y que, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 637, párr. 2.º, CC, tendría lugar el derecho de acrecer a favor del cónyuge que aceptó la liberalidad siempre que «*el donante no hubiese dispuesto lo contrario*». En el improbable caso de que quien realiza la liberalidad excluya el juego del derecho de acrecer, cabría entender que el objeto de la liberalidad se circunscribe únicamente a la mitad del décimo.

IV. LAS GANANCIAS DE LA LOTERÍA DE NAVIDAD Y LAS LIBERALIDADES DE USO

En el Ordenamiento jurídico español no existe una definición legal de las denominadas «liberalidades de uso», si bien el Código civil se refiere expresamente a ellas en diversos preceptos⁴². En concreto, se hace mención a las «liberalidades de uso» en los artículos 1378 y 1423 CC: de acuerdo con el primero de los preceptos indicados, los cónyuges podrán realizar con los bienes gananciales, sin necesidad de contar con el consentimiento del otro, liberalidades de uso⁴³; el segundo de los preceptos mencionados,

⁴¹ Sobre el particular *vid.*, por todos, Martínez Sanchiz (1985: 387). En términos más específicos, Torralba Soriano (1984: 1.625) considera que el problema que se plantea cuando la liberalidad es aceptada por uno sólo de los cónyuges estriba en dilucidar si el objeto de la atribución es susceptible de ser adquirido con carácter privativo por el cónyuge aceptante o si, simplemente, no puede tener lugar dicha adquisición. Al respecto, el citado autor (*op. et loc. cit.*) – *ex art. 1353 CC in fine* – se decanta por la primera de las posibilidades apuntadas siempre que hubiese indicios de que el disponente, «aunque la hubiera concebido ganancial [la atribución], hubiera preferido que la adquiriera uno solo de los cónyuges, antes de que perdiera eficacia por mantener su carácter ganancial».

⁴² Al margen del referido Cuerpo legal, las liberalidades de uso son expresamente tomadas en consideración también en el ámbito del Derecho concursal; en concreto, el artículo 227 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en el marco de las acciones rescisorias, las excluye de la presunción absoluta de perjuicio: «*El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real*».

⁴³ A tenor del artículo 1378 CC: «*Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso*».

ya en sede del régimen de participación en las ganancias, se limita a excluir del patrimonio final el valor de aquellos bienes de los que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento del otro siempre y cuando se tratase de liberalidades de uso⁴⁴.

Con todo, cabe advertir que en el articulado del Código civil hallamos referencias a expresiones más o menos equivalentes, aunque no siempre coincidentes⁴⁵. De este modo, a título ilustrativo, en los artículos 226 y 251 CC se habla simplemente de «liberalidades»⁴⁶; en los artículos 251 y 1041 CC se hace referencia a los «regalos de costumbre»⁴⁷; en el artículo 1044 CC se alude a los «regalos de boda»⁴⁸; o, en fin, ya en sede de contratos y cuasicontratos, en el artículo 1274 CC se prevé «la mera liberalidad del bienhechor» como causa de los contratos de pura beneficencia, en el artículo 1.894 Cc se sanciona la irrepitibilidad de los alimentos prestados por un extraño «por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos» y en el artículo 1901 CC se establece, como medio para desvirtuar la presunción de un pago indebido, la prueba de que dicho pago se hizo «a título de liberalidad»⁴⁹.

Así las cosas, el silencio legal descrito ha sido colmado por la doctrina en un sentido diría que inusual y sustancialmente coincidente⁵⁰; cuando menos en lo que a las

⁴⁴ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1423 CC: «Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso».

⁴⁵ En este sentido Rogel Vide (2011: 7) llama la atención sobre los contenidos y significados distintos – e incluso contradictorios – del término «liberalidad». Sobre las etimologías y orígenes históricos del término, *vid.*, Rogel Vide (2011: 7-9).

⁴⁶ El artículo 226, 1.º, CC establece la prohibición del tutor de «Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión»; idéntica prohibición se formula en el artículo 251 CC, con carácter general, respecto de «quien desempeñe alguna medida de apoyo» de la persona con discapacidad que lo precise.

⁴⁷ El ya mencionado artículo 251 CC excluye los «regalos de costumbre» de la prohibición de recibir liberalidades por parte de la persona que desempeña alguna medida de apoyo en tanto que el artículo 1041 CC no sujeta a colación los referidos regalos.

⁴⁸ Y ello, a los efectos de excluirlos de la colación siempre que no excedan de un límite «razonable»; en particular, dispone el citado artículo 1044 CC: «Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento».

⁴⁹ Para una visión de conjunto del régimen jurídico de las liberalidades de uso – aun cuando sea con las debidas adaptaciones dado que el trabajo es anterior a 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– *cfr.* Cobacho Gómez (2017: 1.111-1.118).

⁵⁰ En cualquier caso, debe señalarse que las liberalidades de uso no han concitado un excesivo interés en los estudiosos del Derecho. En este sentido, sin perjuicio de que el tema haya sido objeto de tratamientos ulteriores, se estima altamente elocuente lo manifestado, en su día, por Riera Aisa (1953: 212): «Existe sin embargo una figura de disposición que ha merecido poca atención por parte de la doctrina, que la considera únicamente en forma superficial y cuando estudia algunas otras figuras. Nos referimos al tipo de las llamadas liberalidades de uso, las cuales a modo de cenicienta de sus compañeras en el amplio margen del título gratuito no han merecido la atención de que sin duda eran merecedoras»; esta falta de toma en

notas caracterizadoras de las liberalidades de uso se refiere⁵¹. A este respecto, voces autorizadas como Albaladejo, Lacruz o Díez-Picazo concuerdan a la hora de identificar las liberalidades de uso con aquellas atribuciones que una persona realiza en atención a usos sociales o no jurídicos⁵². Es precisamente esta nota o característica la que singulariza a las liberalidades de uso frente a otras liberalidades como las donaciones, si bien alguno de los citados autores – en concreto, Lacruz – sostiene que aquéllas participan de la naturaleza de éstas.

En este orden de ideas, afirma Albaladejo, de manera gráfica, que las liberalidades se denominan «*de uso*, porque se practican ajustándose a un uso social», sin que se persiga «por quien la realiza dar vida a una liberalidad puramente graciosa en la que haya un *animus donandi* igual al de la donación [...], ni por el que lo recibe se toma tampoco en tal concepto, sino que el concedente obra movido por ser habitual que en la ocasión que sea se proceda así, y para dar cumplimiento, conformarse o acoplarse a lo que se suele hacer»⁵³.

En parecidos términos, Lacruz caracteriza las liberalidades de uso como «aquéllas que el donante realiza en obediencia a imperativos sociales o constreñido por normas no jurídicas que regulan fuera del campo del Derecho la convivencia en sociedad [...]»; señala, asimismo, que «la costumbre o uso que mueve a gratificar es meramente social» y que «[L]o característico de estas donaciones es su exigencia social y el concepto de la gente de que se hacen cumpliendo tal imperativo»⁵⁴. Mas, a juicio de Lacruz – según se ha tenido ocasión de anticipar – las liberalidades en cuestión siguen siendo donaciones

consideración se justificaría – según el citado autor (*op. et loc. cit.*) – «por sus líneas un poco vagas y por la situación un tanto imprecisa, unido a su normal escaso valor pecuniario».

⁵¹ No sucede lo mismo, en cambio, en relación con la determinación de los concretos supuestos susceptibles de ser calificados como liberalidades de uso. En este sentido, especialmente controvertida resulta la inclusión en la referida categoría de la limosna y de la propina; para un examen de los distintos posicionamientos doctrinales al respecto *vid.* Rogel Vide (2011: 39-46 y 50-59, respectivamente) y, asimismo, en lo que atañe a la propina, Cobacho Gómez (2017: 1.118-1.123).

⁵² En contra del carácter social y no jurídico del uso generador de las liberalidades de uso, se pronuncia, en cambio, Rogel Vide (2011: 33-37). A juicio del citado autor «[j]urídica, en efecto y en mi opinión, ha de ser la liberalidad de uso contemplada por el Derecho y regulada por él, aparejándole efectos distintos de los arbitrados para las donaciones [...]» (2011: 34).

⁵³ Albaladejo (1986: 5). Y ello – continúa señalando el citado autor (*op. et loc. cit.*) – «hasta el extremo de incluso practicarlo aun cuando íntimamente desagrade al que lo lleva a efecto, que obra contra su deseo personal, únicamente refrenado para no dar lugar al choque de su verdadero gusto con la conducta corriente en el caso, como quien da propina maldiciendo por dentro por tener que hacerlo, o bien quien hace un regalo de boda a regañadientes, por no quedar mal y preguntándose por qué no se habrán olvidado de él». Con todo, ello no obsta para entender, de acuerdo con Riera Aisa (1953: 213), que, a pesar del uso, el acto, sigue siendo espontáneo en la medida en que «[E]l autor no se ve constreñido a obrar» y sabe, a pesar de ser consciente también de «que las normas de la mutua convivencia parecen exigirle esa acción», que «ninguna sanción civil le esperaba si no cumple».

⁵⁴ Lacruz (2009: 103 y 104).

en las que no falta el ánimo de enriquecimiento propio de la donación; cuestión distinta es que el uso del que traen causa determine su no sujeción a muchas de las reglas restrictivas de las donaciones⁵⁵.

Por su parte, Díez-Picazo subraya la idea de que «el uso social será *la fuente de regulación de la liberalidad*» y pone de relieve que «[E]s un hecho que muchas veces el enriquecimiento del donatario y el correlativo empobrecimiento del donante obedece al cumplimiento de normas que imponen los usos sociales»⁵⁶.

En la denominada jurisprudencia menor es posible también hallar un fiel reflejo de la caracterización de las liberalidades de uso expuesta *supra*. Así, a título de ejemplo, en la SAP de Madrid (Secc. 28.ª) núm. 316/2012, de 26 de octubre, en la que – en el marco del ejercicio de una acción rescisoria concursal – se enjuicia la consideración como liberalidad de uso de unas disposiciones a título gratuito efectuadas por la concursada a favor de una fundación, el Tribunal declara expresamente lo siguiente:

«[...] es esencial a la liberalidad de uso que el acto de disposición que esta entraña obedezca a una norma social, de modo que el disponente actúe compelido para dar cumplimiento a la misma y acomodar su conducta a la normalidad en las relaciones personales y comerciales. Como señala la doctrina, el disponente en estos casos no actúa de forma absolutamente libérrima, sino que su proceder viene determinado por la existencia de un uso social o costumbre, llegándose a subrayar que es la voluntad de adecuación a tales imperativos, y no el *animus donandi*, lo que constituye la causa del acto de disposición»⁵⁷.

Así las cosas, para determinar la existencia de una liberalidad de uso habrá que contrastar el acto en cuestión con los usos sociales vigentes en el lugar en el que aquel se

⁵⁵ Cfr. Lacruz (2009: 104). Se explica, de este modo, el empleo por parte del autor de términos como «donante» y «donación», con cuya utilización en sede de liberalidades de uso se manifiesta disconforme, en cambio, Rogel Vide (2011: 27, n. 42).

⁵⁶ Díez-Picazo y Gullón (2015: 90).

⁵⁷ ECLI:ES:APM:2012:17892. En idéntico sentido, la SAP de Granada (Secc. 5.ª) núm. 22/2012, de 20 de enero (ECLI:ES:APGR:2012:5), en relación con la calificación como liberalidades de uso *ex art.* 1378 CC del dinero remitido por el demandado durante una década a su familia en Nigeria sin conocimiento de su cónyuge, declara que «[S]egún la doctrina más autorizada, por liberalidades de uso deben entenderse aquellas que obedecen a imperativos sociales, de tal manera que no se realizan con total libertad sino en cierto modo coaccionados por normas no jurídicas. No se trata de liberalidades realizadas en interés económico de la familia, sino en interés social, a fin de que esta no pierda consideración entre los que forman el ámbito social en que se inserta, esto es, para que la familia no sea tildada de insolidaria o cicatera».

lleve a cabo⁵⁸. Y en este contexto pocas dudas suscita la subsunción en los parámetros indicados del uso ampliamente arraigado en España consistente en la entrega o intercambio de décimos o participaciones de lotería entre compañeros, amigos y familiares en las fechas previas al sorteo de Navidad.

Especialmente significativo en este sentido resulta lo declarado por la AP de Almería (Secc. 1.ª) en su sentencia núm. 155/2014, de 25 de junio⁵⁹. En el supuesto resuelto por la referida Audiencia se cuestionaba la consideración que debía tener la entrega de un cupón de la ONCE a una persona que lo había recibido como regalo; en particular, en lo que aquí resulta de interés, si se trataba de una donación modal o de un acto de liberalidad basado en un uso social y no en un *animus donandi*. En relación con la controversia planteada la Audiencia sentenció que no resultaba aplicable al regalo del cupón en cuestión la calificación de liberalidad de uso; sin embargo, lo relevante es el motivo concreto aducido por el órgano juzgador para descartar la referida calificación: el contexto en el que se ha efectuado el regalo, el hecho de que no mediase «un acto social que justificase dicha liberalidad, como sería [...] unas fechas navideñas, etc.».

Así pues, de entrada, a tenor de lo expuesto, nada obstaría a considerar las ganancias que traen causa de la entrega o intercambio de décimos de lotería para el sorteo de Navidad – y otros análogos – como una liberalidad de uso.

Sin embargo, hay una segunda nota definitoria de las liberalidades de uso: su modicidad; y es que la liberalidad – en lo que al *quantum* se refiere – ha de ser moderada, limitada, escasa⁶⁰. Mas, como enfatiza Rogel Vide, «[N]ada de modicidad absoluta»⁶¹; y ello en el sentido de que para la determinación del carácter módico de la atribución deberán tomarse en consideración criterios tales como: «la situación económica de una

⁵⁸ En el marco de las coordinadas expuestas, la AP de Granada – en la ya referida sentencia núm. 22/2012, de 20 de enero (ECLI:ES:APGR:2012:5 – estima como uso generador de la liberalidad el hecho de que sea común y usual «en el ámbito familiar que los residentes en España remitan a sus familiares en el extranjero sumas de dinero para atender su subsistencia o mejorarla, cuanto más que no puede desconocerse el ámbito material de la familia en tales países, que excede de la familia nuclear de nuestro entorno»; asimismo, el Tribunal toma en consideración para sostener la validez jurídica como liberalidades de uso de las remisiones de efectivo objeto de la litis «el lazo familiar consanguíneo o afín [que] impone unas obligaciones no jurídicas pero de tipo moral – de alto contenido ético [...]».

⁵⁹ ECLI:ES:APAL:2014:879.

⁶⁰ Como señala Lacruz (2009: 103), «[L]a donación usual suele ser de módica cuantía, pues el uso no llega a exigir una esplendidez tal que suponga una seria disminución de la propia fortuna [...]».

⁶¹ (2011: 94-96). De igual modo, en la ya mencionada SAP de Madrid (Secc. 28.ª), núm. 316/2012, de 26 de octubre (ECLI:ES:APM:2012:17892), se hace hincapié en que, «en sede de teoría general, la significación económica de lo que constituye el objeto de una liberalidad de uso es un factor en cierto grado relativo [...]».

persona o familia»⁶²; «la posición económica del disponente»⁶³; o el propio concepto de familia, el objeto y fin de la liberalidad, el lugar en que se lleve a cabo, su cuantía y demás circunstancias que puedan justificarla⁶⁴. En otros términos, para dilucidar si se está en presencia de una liberalidad de uso resultará imprescindible analizar las circunstancias concretas en las que la atribución se realice⁶⁵.

En el contexto descrito, del examen de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales cabría entresacar que no tienen la consideración de liberalidad de uso una atribución de 80.000,00 € realizada unilateralmente por uno de los cónyuges – constante la sociedad de gananciales – a favor de una hija sin consentimiento del otro cónyuge *ex* artículo 1378 CC⁶⁶; ni el usufructo de sendos bienes inmuebles que se valoran, respectivamente en 300.000,00 € y 350.000,00 €, a pesar de que la beneficiaria pudiera padecer una enfermedad degenerativa o que la madre pretendiera equilibrar una disposición de su patrimonio de modo igualitario entre sus dos hijos⁶⁷; ni el importe de 940.260 € transferidos a título gratuito – de manera reiterada, habitual y prolongada en el tiempo – a favor de una fundación⁶⁸; ni, en fin, una suma que excede del millón de pesetas, empleada por uno de los cónyuges, sin conocimiento del otro, para adquirir valores mediante la intermediación de una entidad financiera⁶⁹. Por el contrario, como se ha

⁶² SSAP de las Islas Baleares (Secc. 5.^a) núm. 32/2013, de 29 de enero (ECLI:ES:APIB:2013:189) y núm. 117/2013, de 25 de marzo (ECLI:ES:APIB:2013:641).

⁶³ SAP de Madrid (Secc. 28.^a), núm. 316/2012, de 26 de octubre (ECLI:ES:APM:2012:17892).

⁶⁴ SAP de Granada (Secc. 5.^a) núm. 22/2012, de 20 de enero (ECLI:ES:APGR:2012:5).

⁶⁵ Así lo entiende también Albiez Dohrmann (2013: 4.178), para quien, en particular y en línea con lo manifestado *supra*, deberían tomarse en cuenta criterios económicos tales como «el esfuerzo económico que tiene que hacer el que da un bien a otro, el valor económico del bien y el estatus económico del beneficiado». Con todo, como advierte el citado autor (*op. et loc. cit.*) «[H]abría que estar también a la voluntad de quien realiza actos de liberalidad, que puede determinar que la entrega se haga, con independencia del valor económico del bien, en concepto de donación».

⁶⁶ SAP de Vizcaya (Secc. 4.^a) núm. 429/2013, de 9 de julio (ECLI:ES:APBI:2013:2314). En el supuesto resuelto por la Audiencia, se impugnaba por la apelante-demandada – en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales – la omisión en el activo de una partida consistente en la suma de 80.885,14 € – resultantes de la venta de 2.000 acciones de Repsol y 3.000 de Endesa – y que, según el cónyuge apelado-impugnante, fue donada a una hija común.

⁶⁷ SSAP de las Islas Baleares (Secc. 5.^a) núm. 32/2013, de 29 de enero (ECLI:ES:APIB:2013:189) y núm. 117/2013, de 25 de marzo (ECLI:ES:APIB:2013:641). En ambos casos, al amparo del entonces vigente artículo 71 LC, la Audiencia confirma la rescisión de las donaciones universales que la concursada, al amparo del entonces también vigente artículo 8 de la Compilación de Derecho civil de Baleares, realizó a favor de sus hijos.

⁶⁸ SAP de Madrid (Secc. 28.^a), núm. 316/2012, de 26 de octubre (ECLI:ES:APM:2012:17892). En concreto, la litis tenía por objeto, de conformidad con el artículo 71.2 LC en ese momento aplicable, la reintegración de las sumas, por el importe indicado *supra*, de las que la concursada había dispuesto a título gratuito a favor de la demandada durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de declaración del concurso. A este respecto, la Audiencia, asumiendo la valoración del juzgador de instancia, considera que tales actos de disposición no serían catalogables como mera liberalidad de uso.

⁶⁹ SAP de Las Palmas (Secc. 3.^a) núm. 211/1999, de 20 de mayo (ECLI:ES:APGC:1999:1363). En esta ocasión la Audiencia Provincial se pronuncia sobre la no inclusión en la liquidación de la sociedad de

tenido ocasión de señalar, sí se ha reputado como liberalidad de uso la suma de 37.175,36 € de la que dispuso unilateralmente una persona, durante el período comprendido entre 1999 y 2009 y sin conocimiento de su cónyuge, para hacer llegar esa cantidad a su familia en Nigeria⁷⁰.

Así las cosas, circunscribiendo las consideraciones precedentes acerca de la modicidad al supuesto objeto de estudio, cabe observar que, en línea de principio, no habría obstáculos para reputar la atribución del décimo de lotería en el contexto del sorteo de Navidad como una liberalidad de uso. Y ello con fundamento en el objeto mismo del acto de liberalidad – el décimo en cuanto título al portador atípico con un valor nominal de escasa cuantía – y a su contenido en el momento en que se realiza dicho acto – una mera expectativa de derecho a hacer propia una eventual ganancia en caso de resultar premiado el billete –.

Una vez admitida la posibilidad de reputar como liberalidad de uso el premio obtenido en el sorteo de la lotería de Navidad – y otros análogos –, cabría preguntarse por las consecuencias de esta calificación jurídica. Desde el punto de vista de la naturaleza ganancial o privativa de las ganancias, la cuestión no debe suscitar controversias; en la medida en que el beneficiario de la liberalidad de uso fuese uno sólo de los cónyuges, las ganancias – al igual que sucede, *ex* artículo 1346, 2.º CC – se reputarían como bienes privativos.

Ahora bien, la cuestión debe ser analizada también desde la perspectiva del acto de liberalidad en sí mismo considerado y no de su resultado. En este sentido, cabe ya adelantar que la configuración del supuesto específico aquí examinado no lleva aparejado un tratamiento jurídico singular en relación con la hipótesis general en la que la entrega del décimo de la lotería a uno de los cónyuges obedece a una voluntad extraña, que toma en consideración a uno sólo de dichos cónyuges – o a los dos, pero de manera desigual *ex* artículo 1353 CC.

Sin embargo, conviene resaltar que es en este ámbito donde se pondría de manifiesto la singularidad de la liberalidad de uso frente a la donación. En efecto, como señala Albaladejo «aunque la liberalidad de uso de que se trate tuviese el aspecto externo de una donación o se practicase similarmente a como se realiza ésta, verdaderamente la

gananciales de la suma empleada por uno de los cónyuges en la adquisición de determinados valores, de los que, pese a no aportar dinero alguno, figura como cotitular un hijo común, razón por la cual el Tribunal se plantea conforme al artículo 1378 CC – y descarta – la existencia de una liberalidad de uso.

⁷⁰ SAP de Granada (Secc. 5.ª) núm. 22/2012, de 20 de enero (ECLI:ES:APGR:2012:5).

ley ni la juzga como tal – se entiende en tanto en cuanto se ajuste al uso – ni le son aplicables sus reglas»⁷¹. Como dice Díez-Picazo, «[P]ugnaría con la conciencia social el sometimiento rígido [de las liberalidades de uso] a las normas legales de la donación»⁷²; mas ello, teniendo presente que «nada aconseja que queden excluidas de las reglas de las donaciones, si se hacen en fraude de los derechos de los acreedores o legitimarios»⁷³. De todas formas, tratándose la liberalidad de uso de la entrega o intercambio de un décimo de lotería – del sorteo extraordinario de Navidad u otro análogo –, cabe ya advertir que la posibilidad de que dicho fraude se produzca, dada la expectativa incorporada al título y la aleatoriedad que concurre en el sorteo, resulta difícilmente concebible.

V. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado en el presente trabajo cabría destacar las siguientes conclusiones:

- i. De conformidad con la regla general contenida en el artículo 1351 CC las ganancias obtenidas personalmente en el juego por cualquiera de los cónyuges – constante la sociedad de gananciales – tendrán la consideración de bienes gananciales. Y ello con independencia de la naturaleza ganancial o privativa del bien empleado en la obtención de la ganancia, pues en esta sede no opera el principio de subrogación real.
- ii. El artículo 1351 CC ha de cohonestarse con los artículos 1346, 2.º y 1353 del mismo Cuerpo legal. De este modo, cuando el décimo de la lotería del que deriva el premio ha sido atribuido a uno sólo de los cónyuges – o a ambos con especial designación de partes – las ganancias conseguidas en dicho juego tendrán naturaleza privativa. Por otra parte, debe significarse que se trata de una atribución patrimonial *sui generis* y no de una donación en sentido estricto por cuanto no conlleva un empobrecimiento efectivo del donante; de ahí que no le resulten de aplicación directa las normas de la donación, especialmente las atinentes a la revocación.
- iii. Con carácter específico, la entrega o intercambio entre compañeros, amigos y familiares de décimos de lotería para el sorteo de Navidad – u otros análogos –

⁷¹ Albaladejo (1986: 6). Así se indica, expresamente, en el artículo 451-1, 3, de la *Propuesta de Código civil* de la APDC, a cuyo tenor: «No quedan sometidas al régimen de este Título [“De la donación”] los regalos de costumbre y las liberalidades de uso».

⁷² Díez-Picazo y Gullón (2015: 90).

⁷³ Díez-Picazo (1995: 331).

tendrán la consideración de liberalidad de uso, toda vez que la liberalidad en cuestión, por una parte, trae causa del referido uso y, por otra, porque, atendiendo a su objeto – el décimo en cuanto título al portador de escasa cuantía – y contenido – la mera expectativa del derecho a hacer propio el hipotético premio –, se cumplirá siempre el requisito exigido en orden a su modicidad. En consecuencia, si el destinatario de la atribución fuese uno sólo de los cónyuges – o los dos, pero de manera desigual – las ganancias que en su caso se deriven de dicha liberalidad deberán reputarse privativas. En este sentido, desde el punto de vista de su tratamiento jurídico, no cabe apreciar singularidad alguna respecto de los supuestos contemplados en el artículo 1346, 2.º, CC; mas la singularidad de la liberalidad de uso se evidencia en comparación con el régimen de la donación.

Bibliografía

- ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (1986). «Artículo 618», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo, Dir.), Tomo VIII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid (pp. 1-29).
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2013). «Artículo 618», en *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Dir.), Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 4711-4725).
- APDC (2018). *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (2017). «Las liberalidades de uso», en *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Egusquiza Balmaseda y Pérez de Ontiveros Baquero, Dirs.), Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 1105-1125).
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2010). «Unión no matrimonial, inexistencia de comunidad de bienes y reparto del premio de la lotería», en *RCDI*, núm. 720 (pp. 1838-1840).
- DE LOS MOZOS, J. L. (1984). «Artículo 1.346», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo, Dir.), Tomo XVIII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid (pp. 94-110).
- DE LOS MOZOS, J. L. (1984). «Artículo 1.351», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo, Dir.), Tomo XVIII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid (pp. 160-169).
- DÍAZ TEJERO, C. (2023). «Unión de hecho y analogía», en *Nuevos escenarios del derecho de familia en España e Italia. Novedades legales y jurisprudenciales* (Ivone, V.; Gálvez Criado, A.; López Suárez, M. A., Coords.) Atelier, Barcelona (pp. 359-382).
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). «El *animus donandi*», en *AAMN*, Tomo XXXV (pp. 305-331).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2015). *Sistema de Derecho civil*, Vol. II (Tomo 2), 11.ª ed., Tecnos, Madrid.
- GIMÉNEZ DUART, T. (1982). «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *RCDI*, núm. 548, enero-febrero (pp. 117-144).
- LACRUZ, J. L. (1974). *Derecho de familia I*, Librería Bosch, Barcelona.
- LACRUZ, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1982). *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona.
- LACRUZ, J. L. *et alia* (2009), *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Vol. II, 4.ª ed. (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), Dykinson, Madrid.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1930), «Artículo 1.406», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo IX, 4.ª ed., Reus, Madrid (pp. 534-535).
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1985). «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», en *AAMN*, Tomo XXVI (pp. 357-404).
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2021). «Artículo 1351», en *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Coord.), 5.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1.751-1.752).
- PANIZA FULLANA, A. (2011). «Azar y pareja estable», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (pp. 25-38).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). «Artículo 1.346», en *Comentario del Código Civil* (Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, Salvador Coderch, Dirs.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid (pp. 637-644).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). «Artículo 1.351», en *Comentario del Código Civil* (Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, Salvador Coderch, Dirs.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid (pp. 657-658).
- PRETEL SERRANO, J. J. (1991). «Artículo 1.353», en *Comentario del Código Civil* (Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, Salvador Coderch, Dirs.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid (pp. 660-664).
- RAMS ALBESA, J. (1984). «La subrogación real en la sociedad de gananciales», en *RDN*, núms. CXXV-CXXVI (julio-diciembre) (pp. 297-351).
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2013). «Artículo 1351», en *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Dir.), Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 9558-9560).
- REYES MONTERREAL, J. M. (1962). *El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid.
- REYES MONTERREAL, J. M. (1967). «Artículo 1.406», en *Mucius Scævola, Código civil*, Tomo XXII, 2.ª ed., Reus, Madrid (pp. 436-446).
- RIERA AISA, L. (1953). «Las liberalidades de uso», en *RJC* (pp. 211-235).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1981). *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Ed. Hesperia, Jaén.
- ROGEL VIDE, C. (2011). *Las liberalidades de uso*, Reus, Madrid.
- TORRALBA SORIANO, V. (1984). «Artículo 1.353», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid (pp. 1.619 – 1.626).

Relación jurisprudencial***Tribunal Supremo***

- STS (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9938).
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de octubre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17689).
- STS (Sala de lo Civil) de 31 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:6029).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 501/1998, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:3520).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1010/2000, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2000:8051).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1230/2000, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9585).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 807/2002, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5697).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 611/2005, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5270).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 160/2006, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:734).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1048/2006, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6421).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 299/2008, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2187).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1040/2008, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:7175).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 31/2010, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:153).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 416/2011, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3634).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 83/2013, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:505).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 177/2018, de 3 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1228).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 645/2022, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3605).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 825/2022, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4241).

Audiencias Provinciales

- SAP Las Palmas (Secc. 3.^a) núm. 211/1999, de 20 de mayo (ECLI:ES:APGC:1999:1363).
- SAP Castellón (Secc. 3.^a) núm. 368/2011, de 9 de noviembre (ECLI:ES:APCS:2011:1378).
- SAP Granada (Secc. 5.^a) núm. 22/2012, de 20 de enero (ECLI:ES:APGR:2012:5).
- SAP Madrid (Secc. 28.^a) núm. 316/2012, de 26 de octubre (ECLI:ES:APM:2012:17892).
- SAP Islas Baleares (Secc. 5.^a) núm. 32/2013, de 29 de enero (ECLI:ES:APIB:2013:189).
- SAP Islas Baleares (Secc. 5.^a) núm. 117/2013, de 25 de marzo (ECLI:ES:APIB:2013:641).
- SAP Madrid (Secc. 22.^a) núm. 360/2013, de 16 de mayo (ECLI:ES:APM:2013:9424).
- SAP Vizcaya (Secc. 4.^a) núm. 429/2013, de 9 de julio (ECLI:ES:APBI:2013:2314).
- SAP Almería (Secc. 1.^a) núm. 155/2014, de 25 de junio (ECLI:ES:APAL:2014:879).
- SAP Madrid (Secc. 13.^a) núm. 218/2020, de 25 de junio (ECLI:ES:APM:2020:6695).

MEDICINA PERSONALIZADA Y USO SECUNDARIO DE DATOS DE SALUD PARA FINES DE INVESTIGACIÓN: ALGUNAS CUESTIONES¹

Personalised medicine and secondary data analysis for research purposes: a few issues

RAQUEL LUQUIN BERGARECHE
raquel.luquin@unavarra.es
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Pública de Navarra (UPNA)

Cómo citar / Citation

Luqin Bergareche, R. (2024).

Medicina personalizada y uso secundario de datos de salud para fines de investigación: algunas cuestiones

Cuadernos de Derecho Privado, 8, pp. 69-115

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.57>

(Recepción: 18/03/2024; aceptación: 29/04/2024; publicación: 30/04/2024)

Resumen

El trabajo aborda el dilema jurídico que plantea el nuevo paradigma de la medicina personalizada, cuyo desarrollo requiere disponer de ingentes cantidades de datos de salud, sin merma de su protección como derechos especialmente sensibles conforme al RGPD y de la LOPDPGDD. Se analiza de forma crítica el vigente marco normativo, fragmentado y deficiente, en lo que respecta al uso secundario de los datos de salud para fines de investigación, que culmina en el RPD y trata de conciliar los intereses en conflicto regulando como bases legitimadoras el consentimiento y otras fundamentadas en el interés social o general. Entre otras soluciones, se propone el refuerzo de los mecanismos de garantía para los derechos del titular y el interesado (singularmente: anonimización y seudonimización), a fin de evitar o minimizar en lo posible la materialización de riesgos para los derechos individuales de las personas.

Palabras clave

Datos de salud, medicina personalizada, uso secundario de datos para investigación

Abstract

The paper analyzes the legal dilemma derived from the new paradigm of personalized medicine, whose development requires having enormous health data, without prejudice to their protection as particularly sensitive personal rights to which the regulation of the GDPR and the LOPDPGDD applies. The current regulatory framework, fragmented and deficient, which culminates in the DPO, is critically analyzed, with regard to the secondary use of health data for research purposes, which tries to reconcile individual rights and scientific progress by regulating consent and others such as the social or general

¹Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación "Contratación de Servicios de Telemedicina: Actualidad y Desafíos Jurídicos" (TED2021-129472B-00/MICINN) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea Next Generation EU/PRTR del que la autora es Investigadora Principal.

interest as principles of legitimation of data processing. It is proposed to strengthen the guarantee for the rights of the owner and user of personal health data.

Key-words

Health data, personalized medicine, secondary use of data for research purposes

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. TECNOLOGIA Y (R)EVOLUCION DE LA SALUD: SALUD DIGITAL Y MEDICINA PERSONALIZADA. II. DATOS PERSONALES DE SALUD Y DATOS GENETICOS: MARCO JURIDICO REGULADOR DE SU TRATAMIENTO. II.1. Panorama normativo: derecho comunitario y español. II.2. Tratamiento y uso de datos de salud y genéticos en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (RGPD). II.2.1. *El concepto amplio de datos de salud y los datos genéticos.* II.2.2. *Bases jurídicas legitimadoras: regla general y excepciones* II.2.3. *El consentimiento como base legitimadora del tratamiento de datos y sus problemas en el campo de la investigación científica.* II.2.4. *Los fines de interés público como vía de habilitación del tratamiento de datos de salud: cuestiones problemáticas.* II.2.5. *“Altruismo de datos”: la cesión de uso de los datos personales de salud.* II.3. El consentimiento y sus excepciones en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPGDD). III. LA PRIVACIDAD PERSONAL Y EL AVANCE DE LA INVESTIGACION BIOMEDICA COMO INTERESES EN CONFLICTO: PROBLEMAS PRACTICOS. IV. *QUO VADIS, EUROPA? O LA UE EN LA ENCRUCIJADA: LA COMPLEJA ARTICULACION NORMATIVA DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS.* IV.1. La inminente aprobación del Reglamento regulador del EEDS. IV.2. El Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos (DGA). IV.3. Titularidad y uso de los datos sanitarios en el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (RPD o “Ley de Datos”). IV.3.1. *Finalidad y ámbito de aplicación.* IV.3.2. *Cuestiones relativas al uso y tratamiento de datos personales de salud con fines de investigación.* *Bibliografía.*

I. INTRODUCCION. TECNOLOGIA Y (R)EVOLUCIÓN DE LA SALUD: SALUD DIGITAL Y MEDICINA PERSONALIZADA

El proceso de digitalización y desarrollo tecnológico en que nos hallamos inmersos está dando lugar a cambios profundos que, entre otros ámbitos, afectan radicalmente a los tradicionales sistemas de organización y prestación de servicios de salud. Pueden distinguirse en este punto dos niveles de desarrollo que configuran sistemas diferenciados: el primero, que cronológicamente se inicia en las últimas décadas del

pasado siglo con las primeras aplicaciones civiles de la informática, experimenta un punto de inflexión y rápido avance como consecuencia de la crisis sanitaria de la COVID19 y actualmente evoluciona a ritmo exponencial por mor del desarrollo tecnológico y de la Inteligencia Artificial.

La telemedicina o instrumentación tecnológica en la prestación de servicios médicos (en sus modalidades de teleconsulta, televigilancia, telediagnóstico, medicina quirúrgica de precisión e interconsulta facultativa) ha venido para quedarse, transformando no sólo el aspecto jurídico negocial (prestación de servicios) sino, sobre todo, la relación médico-paciente, modalizando la “*lex artis*” de aquél y reforzando el rol proactivo del paciente más allá de su autonomía ex arts. 2.2, 4 y 8 de la Ley Básica Regladora de la Autonomía del Paciente (en adelante, LBRAP).

Por otro lado, el denominado sistema de medicina personalizada, individualizada o de precisión (en adelante, MedPer), cuyas bases se están asentando con los avances en el campo de la genómica, supone todo un cambio de paradigma que va a transformar de raíz el tradicional modelo de prestación sanitaria, alterando los principios y reglas jurídicas, éticas y bioéticas que constituyen su marco regulatorio.

El presente trabajo se centra en este último, en particular en la medicina predictiva, y pretende dar cuenta de algunas cuestiones derivadas de tales cambios en los sistemas de salud digital, partiendo de la premisa, incuestionable, de que su avance, que requiere el tratamiento de ingentes cantidades de *data*, no es posible con los tradicionales marcos regulatorios (al menos en su configuración actual), a la vista del conflicto dilemático entre derechos individuales (protección de datos personales) e interés social o colectivo. Como se verá, ello afecta a la regulación de las bases legitimadoras del tratamiento de datos: el consentimiento del interesado, que según la letra de las normas jurídicas aplicables, sigue siendo principio axial (por hundir raíces en la consideración del derecho a la protección de datos como inherente a la dignidad personal), en la práctica deja de ser regla general con la consagración de una decena de vías de habilitación diferentes.

En particular, tras exponer las premisas, características e implicaciones, médicas y jurídicas de este nuevo modelo, se abordará el actual marco regulador del uso y tratamiento de los datos personales, y en particular, el referente al uso secundario de los

datos de salud, especialmente sensibles², para fines de investigación científica. Como decimos, sin datos no es posible el avance médico bajo este modelo: habrá que ver entonces cómo se recaban (mediante cesión altruista de su titular o, en su caso, a través de una remuneración-), y cómo y con qué mecanismos de garantía para los derechos del titular y el interesado se procede a su tratamiento masivo (anonimización, seudonimización, etc.), a fin de derivar de ellos conclusiones que permitan sentar hipótesis y conclusiones de validez científica.

La MedPer pretende optimizar la respuesta médica adaptando de forma singularizada las medidas de prevención, diagnóstico, terapia y rehabilitación a pacientes, que se aplican en atención a sus características individuales, únicas e irrepetibles³. Dentro de ella, la “medicina predictiva” implica la posibilidad de predecir la probabilidad de padecer enfermedades instaurándose medidas preventivas de la enfermedad o dirigidas a disminuir su impacto en el paciente. Configura un nuevo paradigma y un nuevo ecosistema de salud, fundamentado en tres premisas:

Primera. La atención individualizada, preventiva y participativa, basada en las necesidades, posibilidades y expectativas singulares de salud y bienestar cada persona antes y durante la enfermedad⁴. La medicina centrada en el paciente postula la necesidad de enfatizar la atención individual del ser humano con un enfoque holístico, no

² Como se verá, el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, de protección de datos (RGPD), prohíbe el tratamiento de las que denomina “categorías especiales de datos personales” como los datos de salud (art. 9.1), prohibición que, no obstante, admite algunas excepciones. Así, el apartado g) del núm. 1 del mismo precepto autoriza el tratamiento cuando sea “necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”. Y el apartado a) “en el supuesto de que el interesado hubiera dado su consentimiento explícito para ello”, si bien esta excepción puede enervarse “cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”.

Por su parte, el art. 9 LOPDGDD dispone en su núm. 2 que “Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del art. 9.2 RGPD fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad. En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte”.

³ Como afirma en un reciente trabajo Ochoa Zamarro (2023), el futuro de la MedPer encaja en los sistemas de “big data”, teniendo en cuenta modelos predictivos compuestos por múltiples variantes, expresión de genes y factores ambientales, de modo que, analizando los genes de una persona a través de “macro-datos”, se puede aplicar de forma individual una medicina preventiva mucho más eficaz con un diseño de tratamientos “a la carta”, adaptados a cada paciente individual. La clasificación de los pacientes permite identificar en cada persona su susceptibilidad de padecer una enfermedad; el pronóstico, si está enferma, y la posible respuesta al tratamiento. Para ello, ciencia y la tecnología ofrecen hoy herramientas muy potentes: la historia clínica electrónica (HCE o HCD) e interoperable, los datos epidemiológicos, los análisis de imagen (v.gr, resonancias, radiografías) y, ante todo, los datos genómicos. Vid. <https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Medicina-personalizada>

⁴ Vid. Alonso Sánchez (2024: 333-334).

fragmentado, en todas sus dimensiones anatómico-clínicas y bio-psicosociales, no dejando que la influencia tecnológica y la súper especialización impidan una visión integral del paciente⁵.

Segunda. La redefinición de la autonomía de un paciente al que se asigna un rol proactivo que refuerza su posición central⁶ en un nuevo y más complejo ecosistema de *e-Health*.

Y, tercera, la importancia que adquieren en este ámbito los datos personales: la máxima según la cual “información es poder” alcanza su más alta expresión en el actual escenario de la MedPer⁷. El presente trabajo se centra en esta última dimensión y, al hilo de la exposición y comentarios de las sucesivas normas europeas que encuadran el conocido como “Espacio Europeo de Datos Sanitarios” (EEDS o EHDS), reflexiona sobre el conflicto dilemático que el nuevo escenario plantea entre la salvaguarda de los datos relativos a la salud como derecho de la persona⁸ dotado de las garantías del RGPD y el

⁵La medicina centrada en la persona debe tener en cuenta los objetivos, los valores, las creencias y las preferencias de los pacientes, lo cual requiere una amplia y eficiente comunicación médico-paciente para asegurar una participación real en las decisiones médicas que afectan directamente a éste (Rodríguez y Ramírez, 2022).

⁶Más allá del principio de la autodeterminación en la adopción de sus propias decisiones de salud a través del consentimiento informado, consagrado en el Convenio de Oviedo (1997) y en el art. 8 LBRAP (2022), el nuevo paradigma erige al paciente en actor o protagonista activo, reforzando su función de control y autorresponsabilidad. Responsabilidad que no se extiende sólo a las consecuencias, efectos y riesgos inherentes a una intervención clínica informada y consentida que le afecta personalmente, sino que, apoyado en los avances tecnológicos, le compele a tomar el “control de mando” de sus procesos de salud (v.gr. mediante monitorización de sus propias variables de salud, o siendo agente activo en el proceso de transferencia de datos entre organismos y empresas con fines de investigación o avance biomédico y biofarmacéutico). *Vid.* Rodríguez y Ramírez (2014: 349).

⁷Al despliegue de esta medicina predictiva, preventiva, personalizada y participativa contribuyen, como decimos, los recientes avances experimentados en el ámbito de la genética y las nuevas tecnologías digitales y el uso de la IA, que hacen posible detectar precozmente ciertas anomalías genéticas o la predisposición a padecerlas por parte de una persona, su familia o su descendencia. Se habla así de *predicción*, en el sentido de posibilidad de detección precoz de enfermedades genéticas cuando todavía son pre-sintomáticas; de *prevención*, en el sentido de cambiar la dinámica de “curación del enfermo” por la de “prevención de enfermedades” y de la posibilidad de diseñar tratamientos *personalizados* adaptados a las particularidades genéticas y moleculares de cada paciente; y de medicina *participativa*, en el contexto de un modelo que destaca el protagonismo activo y el elemento colaborativo y cooperativo de los distintos agentes implicados en el ecosistema de e-salud: pacientes, profesionales sanitarios, cuidadores y otros actores partícipes en el proceso sanitario. El horizonte esperanzador que ofrecen los avances en esta materia se refiere a la posibilidad de tratar la enfermedad detectada con mayor eficacia, impedir o al menos retrasar su aparición, o prevenir que puedan llegar a padecerla los hijos de la persona que se ha sometido a dichos análisis. Para ello, se trabaja en la prescripción individualizada de fármacos, la transferencia de células madre con el fin de regenerar células o tejidos dañados por el proceso natural de envejecimiento, enfermedades degenerativas o traumatismos diversos; las técnicas de edición genética con potencial para la mejora de la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades, etc.

⁸La AEPD ha ordenado el 6 de marzo de 2024 y en el marco del procedimiento del art. 66.1 RGPD la adopción de una medida cautelar contra la empresa “Tools for Humanity Corporation” para que cese en la recogida y tratamiento de datos personales en España en el marco de su proyecto “Worldcoin” y proceda a bloquear los ya recopilados, ante la recepción de reclamaciones denunciando información insuficiente, captación de datos de menores o la irrevocabilidad del consentimiento prestado.

interés social que se satisface a través del avance científico-médico⁹, imposible hoy día, en un contexto que supera las fronteras nacionales, sin contar con tales datos y metadatos interoperables.

En el actual nivel de desarrollo tecnológico, el avance de la ciencia médica, en particular la genómica, requiere disponer de abundante información (datos¹⁰, en definitiva) para analizar la predisposición de ciertos individuos a contraer, en función de ciertas variables controlables, enfermedades predecibles e inevitables. La Unión Europea¹¹ parece haber tomado partido en el referido conflicto de intereses con la reciente aprobación del RPD, en el sentido que se expondrá más adelante. Ciertamente el *dato* revierte a la persona a la que se refiere a través de un proceso circular que trasciende el marco relacional clásico con el profesional médico, circunscrito a coordenadas espacio-temporales lineales y fundamentado en el trinomio “*información asistencial-consentimiento (CI)- intervención clínica*”. El esquema conceptual de la relación jurídica basada en la mutua satisfacción de intereses de las partes a través del contrato de arrendamiento de servicios médicos de naturaleza sinalagmática (reciprocidad de prestaciones) resulta insuficiente si lo trasladamos a la relación jurídica médico- paciente en un paradigma, el de la MedPer¹², sustentado en principios de solidaridad intra-generacional.

⁹La secuenciación de los datos genéticos registrados legalmente en registros, ficheros o bancos de datos permite el desarrollo de funciones de investigación y clínicas en el estudio y tratamiento de distintos tipos de cáncer, enfermedades neurodegenerativas y enfermedades raras, principalmente, siendo un pilar de la *MedPer* pero también de la investigación farmacológica. Los progresos en el conocimiento del genoma humano favorecen el desarrollo y la transformación de la medicina, basada en este nuevo enfoque predictivo, preventivo y de intervención y tratamiento personalizado en las singularidades de cada paciente.

¹⁰ La *MedPer* se vale de la tecnología de recolección y tratamiento masivo de datos (“*big data*”) para prevenir enfermedades y patologías, anticiparse a ellas y adoptar tratamientos médicos y farmacológicos personalizados, adaptados “a la carta” o como “traje a medida” de las características y circunstancias de cada paciente. Alejándose del enfoque anclado de forma generalista, estática y reactiva en la enfermedad o patología manifestada, las necesidades del paciente singular se exploran desde un enfoque preventivo y predictivo que toma como fuente de valor a la propia persona y, en particular, a la información contenida en sus “*health data*”.

¹¹ Ante esta situación, la UE se encuentra en una difícil encrucijada a la hora de lograr un equilibrio que concilie la protección de derechos individuales de carácter fundamental, como los datos personales y el mantenimiento de su posición competitiva a nivel global a través del avance científico y tecnológico.

¹² Este nuevo paradigma viene a alterar, al menos parcialmente, los esquemas tradicionales sobre los que se sustenta la relación médico-paciente desde el paradigma de autonomía personal que late en el Convenio de Oviedo y en la LBRAP. La investigación básica debe ir de la mano con la investigación aplicada: adquiere relevancia la “*medicina traslacional*”, que pretende trasladar el conocimiento científico a la aplicación terapéutica (de especial relevancia en el caso de enfermedades oncológicas) y a la medicina preventiva. Al “*derecho a saber*” del paciente de forma veraz, exhaustiva y comprensible acerca de los extremos mencionados de cualquier acto o intervención médica afectante a su vida o salud (v.gr, la aplicación o no de un tratamiento de quimioterapia o radioterapia para la cura de un tumor cancerígeno), le va a sustituir el derecho del paciente (y consecutivo deber del profesional médico) a recibir un consejo genético individualizado basado en el análisis de mutaciones hereditarias, así como al diagnóstico individualizado desde el punto de vista patológico y molecular que ayude al conocimiento de los factores-

El avance de este modelo de salud requiere principios de justicia y solidaridad colectiva capaces de convivir con normas garantistas de derechos individuales de las personas¹³: el paciente no podrá ya satisfacer sus “intereses” (a la prevención, diagnóstico de enfermedades, mantenimiento y recuperación de su salud física y mental y favorecimiento de su bienestar) a través del uso de sus propios datos, sino mediante la utilización, y sobre todo reutilización, de los de otras personas que integran la comunidad social. Recibirá, acaso, beneficios para sí que satisfagan sus intereses y necesidades en la medida en que estos otros portadores de *data*, anónimos y probablemente lejanos espacial y temporalmente, hayan también adoptado decisiones de naturaleza y alcance individual pero con trascendencia social o colectiva: la cesión altruista (o incluso onerosa) de sus datos de salud, a la que se refieren las normas que comentaremos, en beneficio del avance científico y de la investigación médica, especialmente en el campo genómico.

En esta línea se encaminan los esfuerzos de la UE con la instauración del EEDS. También es éste el espíritu que late, con un trasfondo más economicista que humanista, bajo el reciente Reglamento (UE) 2023/2854 de 13 de diciembre de 2023 (Reglamento de Datos, “Ley de Datos” o “Data Act”, en adelante RDP): una Europa temerosa de quedar rezagada frente a sus competidores en desarrollo científico, tecnológico y económico. A nuestro juicio, la reflexión ética y la jurídica resultan indispensables a la hora de dotar a este nuevo ecosistema de marcos regulatorios y de gobernanza seguros, transparentes, confiables, justos y equitativos, especialmente en lo que respecta a la protección frente a posibles riesgos y tutela de situaciones de vulnerabilidad: brecha digital, personas mayores, menores de edad y personas con discapacidad.

Como principios llamados a sustentar este nuevo tipo de “contrato social sanitario”, además de las garantías de privacidad (que abordaremos a través del análisis de las bases de legitimación del uso secundario de los datos de salud), los mecanismos de salvaguarda

pronóstico de una enfermedad o patología (cáncer, enfermedades cardiovasculares, etc.) y los predictivos individuales de cada persona en función de su genética, sus hábitos alimenticios, pautas de sueño, ejercicio físico, e incluso contexto psicosocial y ambiental. Igualmente se singularizará el fármaco, su administración y dosis en función de cada paciente. La “*lex artis*” del nuevo profesional médico en el ecosistema de MedPer va a acentuar el deber de información y la autonomía del paciente, pero sobre todo, el momento, caracteres y alcance de dicha información: los juicios médicos preventivos y diagnósticos habrán de basarse en las conclusiones obtenidas del tratamiento, mediante técnicas *big data*, de miles de millones de datos de salud previamente obtenidos de otras personas que, probablemente, nos hayan precedido en el tiempo o se encuentren geográficamente distantes.

¹³La cuestión que se plantea es cómo conjugar categorías y principios de solidaridad transgeneracional, trasunto de un novedoso “contrato social”, con las garantías individuales de protección de derechos fundamentales de la persona, en un escenario en el que son indubitadas las ventajas pero igualmente los riesgos del nuevo ecosistema: mercantilización, discriminación social y sesgos, hackeos y otros ilícitos.

de los derechos individuales¹⁴ y la necesaria interoperabilidad entre sistemas públicos y los privados, será imprescindible dotar al sistema de suficiente transparencia y de mecanismos (sujetos al control democrático: *ergo* públicos) de supervisión y garantía del cumplimiento de las normas y de adecuación a fines.

II. MARCO JURÍDICO REGULADOR DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES DE SALUD Y DATOS GENÉTICOS

II.1. Panorama normativo: Derecho comunitario y español

En una materia como la que nos ocupa, delicada y compleja, los estados miembros de la UE han de atenerse al marco establecido por el legislador comunitario¹⁵. La regulación de los datos personales, entre ellos los de salud, se ha dictado a golpe de necesidad (y de las demandas, cuando no presiones, de grupos de interés), dando lugar a un panorama normativo fragmentado y disperso que no favorece (al contrario) los fines que se pretenden: un ecosistema armonizado que facilite la transmisión de *data* salvaguardando a la vez derechos fundamentales de los ciudadanos europeos en un entorno de confianza y seguridad jurídica. Se ha optado acertadamente por la técnica del reglamento, norma de aplicación general y directa a diferencia de las directivas: a la fecha, son cuatro los que configuran el marco regulatorio de los datos personales en los 27 países que integran hoy la UE:

- El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD) establece en su C. 4 que “*el tratamiento de datos personales*¹⁶ *debe estar concebido*

¹⁴ Vid sobre este tema el reciente trabajo de García-Blanch Sanz de Andino (2023: 15–41).

¹⁵ En el ámbito de los tratados fundacionales de la Unión, el art. 39 TUE establece que “*De conformidad con el art. 16 y no obstante lo dispuesto en su apartado 2, el Consejo adoptará una decisión que fije las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente capítulo, y sobre la libre circulación de dichos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes*”. El art. 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2012/C 326/02) dispone que “*Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente*”.

¹⁶ El C. 26 RGPD dispone que los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si existe una probabilidad razonable de

para servir a la humanidad” y que el derecho a la protección de estos datos “*no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad*”. Regula, como se verá, la prohibición general de tratamiento de categorías especiales de datos (como los de salud) sin el consentimiento del interesado, así como una enumeración de las excepciones a esta regla fundamentadas en finalidades de interés público o social.

- El conocido como “Espacio Europeo de Datos Sanitarios” (EEDS o, por sus siglas en inglés, EHDS) forma parte de la “estrategia de datos” contenida en la Comunicación de la Comisión Europea COM(2020) 66 final, de 19 de febrero de 2020: normativamente, se concreta en la (aún “Propuesta” a la fecha de cierre de este trabajo) de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EEDS o EHDS), de 3 de mayo de 2022¹⁷. Su aprobación es inminente, a la vista del reciente acuerdo alcanzado por Consejo y Parlamento Europeo el pasado 24 de marzo: como se verá, la norma pretende mejorar el uso de los datos sanitarios, “petróleo de la nueva era”, para la investigación, la innovación y la elaboración de políticas, al tiempo que proporcionar a los ciudadanos europeos un mayor grado de control sobre el uso de sus propios datos;
- En el mismo mes se aprueba el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos (Reglamento de Gobernanza de Datos o DGA)¹⁸, en vigor en los estados desde el 24 de septiembre de 2023: la norma define los procesos y estructuras en orden a facilitar el intercambio de datos (también los de salud para fines de investigación) por parte de empresas, particulares y organismos del sector público;

que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos.

¹⁷ La Propuesta de la Comisión (“Proposal for a Regulation on the European Health Data Space” o “EHDS”), de 3 de mayo de 2022: COM(2022) 197 final 2022/0140(COD) puede consultarse en el enlace: <https://www.consilium.europa.eu/media/70909/st07553-en24.pdf>

El Consejo de la UE y el Parlamento Europeo han alcanzado recientemente (Bruselas, 18 de marzo de 2024) un acuerdo provisional sobre el texto que contiene la propuesta de regulación del Espacio Europeo de Datos Sanitarios, que facilita el intercambio de los datos sanitarios y el acceso a los mismos a escala de la UE. Disponible en el enlace: <https://www.consilium.europa.eu/media/70909/st07553-en24.pdf>

¹⁸ DOUE-L-2022-80835 n° 152, de 3 de junio de 2022. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-80835>

- Finalmente, el reciente Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023 (conocido como Reglamento de Datos, “Ley de datos” o “Data Act”, en adelante RDP)¹⁹, contiene (según reza su título) “*normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización*”, modificando el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828. Como veremos, la armonización normativa en la UE es, pese al tenor de las leyes, mero desideratum, habida cuenta del maremágnum regulatorio de una materia en el que son frecuentes las remisiones de unas normas a otras, abundan los conceptos indeterminados y proliferan las excepciones basadas en los derechos internos de los estados.

Siguiendo con el marco regulatorio aplicable, en el ordenamiento español el art. 18 CE, tras garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (núm. 1), dispone que “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos* (núm. 4)”. Actualmente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDPGDD), pretende adaptar el ordenamiento español al RGPD y completar sus disposiciones, regulando el derecho (fundamental) de las personas físicas a la protección de sus datos personales amparado constitucionalmente²⁰. En el ámbito del estado autonómico que es España, las CCAA ostentan competencias de desarrollo normativo y ejecución de este derecho en su ámbito de actividad, debiendo contribuir a su salvaguarda a través de las correspondientes autoridades.

Como se verá, en relación con el tratamiento de categorías especiales de datos como son los de salud y los genómicos, y tras establecer el art. 9.1 de la ley la regla general de prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico de las personas, el núm. 2 consagra el principio de reserva de ley para su habilitación en los supuestos previstos en el RGPD. El apartado 2 de su Disposición Adicional Decimoséptima introduce previsiones dirigidas a garantizar el desarrollo de la

¹⁹ DOUE-L-2023-81895 n° 2854, de 22 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-81895>

²⁰ La STC 292/2000, de 30 de noviembre, lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

investigación en materia de salud, en particular la biomédica, ponderando los beneficios que la misma aporta a la sociedad con las debidas garantías de derechos fundamentales que dimanen de la dignidad humana (art. 10 CE), entre ellos, la protección de los datos personales (art. 18. 4 CE). La protección de los datos de salud de las personas se enmarca dentro de los derechos fundamentales de nueva generación como un derecho autónomo, no derivado, con perfiles propios. La prohibición general de su tratamiento se explica por su carácter especialmente sensible: la información de la salud física o psíquica de la persona es, además de íntima, susceptible de ser utilizada para fines y usos ilegítimos poniendo en peligro la discriminación de personas y colectivos.

La información genética comparte este carácter sensible pero incluso va más allá: los datos genéticos²¹ revelan información única sobre la salud de las personas obtenidos de muestras biológicas, muestran “el más íntimo yo” (Cobas Cobiella 2023²²). La letra j) del art. 3 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica aborda la cuestión desde el principio general del consentimiento y el deber de información (art. 4) disponiendo en su núm. 1 que “*Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada*”. En el núm. 4 del precepto se establece que “*las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento (...). Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho*”, correspondiendo a toda persona el derecho a ser informada “*de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos*”²³.

²¹ Define el dato genético de carácter personal como la “información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”.

²² Cobas Cobiella y Pérez Cobas (2023: 141).

²³ Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

El consentimiento al que se refiere esta ley, al igual que el consentimiento informado regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBRAP), es una declaración de voluntad libre, capaz, informada, inequívoca y específica por la que el titular (o sujeto-fuente) acepta el tratamiento de los datos personales que le conciernen: consentimiento que, necesariamente, incluye la facultad de revocación en cualquier momento, impidiéndose en este caso el tratamiento legítimo de tales datos en el futuro. Más difícil resulta la determinación del alcance de dicho consentimiento: en principio, debe ser específico y, si se otorga para varias finalidades, debe constar específicamente cuáles son éstas, salvo en aquellos casos en que no se pueda conocer apriorísticamente a qué proyectos de investigación se destinen las muestras que contienen los datos.

¿Podría considerarse que la falta de concreción de tales finalidades respeta la autonomía de la persona? Como afirma Cusí, “las solicitudes de muestras que recibe un biobanco son muchas y variadas y no es posible a priori tener conocimiento de ellas. Como consecuencia, el consentimiento específico de proyecto no se adapta a un biobanco y es necesario recurrir a un consentimiento amplio para investigación biomédica, distinto del consentimiento genérico”. En la práctica, siguiendo a la autora, en los biobancos se utiliza el CI amplio para investigación, aceptado por la ley española en base a las circunstancias concurrentes: la imposibilidad de saber con antelación para qué proyectos se solicitarán las muestras, la utilización de un software que proporcione un alto nivel de protección de los datos y de trazabilidad, las medidas de restricción del acceso a las muestras, el escaso número de personas que pueden acceder a datos y muestras, las múltiples auditorías de la AEPD a que están sometidos y las garantías de buen uso de datos y muestras que ofrecen los comités científicos y éticos de investigación²⁴.

II.2. Tratamiento y uso de datos de salud y genéticos en el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 (RGPD)

II.2.1. El concepto amplio de datos de salud y los datos genéticos

El art. 4.15) del RGPD acoge un concepto amplio de los datos relativos a la salud, definiéndolos como aquellos "*datos personales relativos a la salud física o mental de una*

²⁴ Vid. Cusí (2015; 21(74): 14-19).

persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud". El precepto incluye a los datos genéticos dentro de las categorías especiales de datos personales, regulándolos de manera autónoma en su art. 4.13 RGPD como aquellos "(...)relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona", en la línea de la Declaración Internacional de la UNESCO sobre los Datos Genéticos Humanos (art. 2 letra i)).

Un análisis de los mismos confirma lo que se intuye de una primera lectura: se trata de un concepto muy amplio²⁵. El C. 35º RGPD incorpora el enfoque del Consejo de Europa²⁶ enumerando "numerus apertus" su objeto: "la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro".

La dispersión normativa y la regulación "multinivel" en un contexto de globalidad e interoperabilidad de datos no conduce sino a incrementar los conflictos en la práctica, y así lo constata la opinión crítica de la doctrina mayoritaria en este punto²⁷.

En lo que se refiere a la regulación específica de la *e-Health*, infraestructura de acceso a los datos, posibilidad de reutilización, alcance de las bases habilitantes del uso y

²⁵ Extensión amplísima de los datos que se consideran incluidos bajo esta categoría por un lado, y, por otro, vocación de permanencia en relación a futuros desarrollos científicos y tecnológicos, que avanzan a un ritmo exponencial: la elección de esta definición comprehensiva y abierta ("a título de ejemplo") pudiera parecer la idónea desde el momento en que permite incluir una pluralidad de datos "a priori" heterogéneos, como las muestras biológicas (v.gr saliva, cabello) y los datos obtenidos por un médico (o por el mismo paciente) a través de determinados dispositivos de medición de variables. Sin embargo, son mayores, a nuestro juicio, los inconvenientes. En un contexto global con vocación de trascender fronteras nacionales, este tipo de reglas omnicomprendivas dificulta la armonización entre sistemas nacionales, cada uno de los cuales puede optar (así ha sido) por un determinado modelo y umbral de protección.

²⁶ "Todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro".

²⁷ Alarcón Sevilla (2018: 256); Sarrión Esteve (2018: 37); Recuero Linares (2019), entre otros.

tratamiento de datos de salud, existencia de registros públicos de prevalencia e incidencia de enfermedades, procedimiento de solicitud de datos y mecanismos de garantía de derechos individuales, el análisis comparativo de los regímenes vigentes en cada uno de los estados miembros arroja diferencias notorias: desde la total ausencia en algunos de normativa nacional específica a la regulación detallada de países escandinavos o la mención amplia de la legislación checa a bases legitimadoras como el consentimiento explícito, el dinámico, el interés público en el ámbito de la salud pública y los fines de investigación (distinguiendo si se trata de centros públicos o privados, la finalidad de la investigación, etc.). Un análisis exhaustivo de dichas particularidades excedería los límites de este trabajo: en cualquier caso, se hallan contenidas para consulta pública en el Informe de la Comisión Europea relativo a la «Evaluación de las normas de los Estados miembros de la UE sobre datos sanitarios a la luz del RGPD» y el Anexo que contiene la información de todos y cada uno de los estados miembros (“*Country fiches for all EU MS. Annex to the study ‘Assessment of the EU Member States’ rules on health data in the light of GDPR*’)²⁸.

Dentro de esa categoría de datos sensibles que son los de salud de las personas, en particular, la información que se deriva de la secuenciación genómica y ADN²⁹ de cada persona representa en la actualidad una de las palancas del desarrollo científico y de la evolución hacia un nuevo modelo de medicina del futuro (la medicina de “las 3 P”: *personalizada, predictiva y proactiva*), con un enfoque netamente singularizado³⁰.

²⁸ Johan Hansen, Petra Wilson, Eline Verhoeven, Madelon Kroneman, Mary Kirwan, Robert Verheij, Evert-Ben Van Veen (EU Health Support Consortium), “Assessment of the EU Member States’ rules on health data in the light of GDPR”: 2021. https://health.ec.europa.eu/document/download/a7f11827-f4ca-4e4d-bd7a-c15c39664010_en?filename=ms_rules_health-data_en.pdf&prefLang=es

Anexo relativo a las fichas nacionales de cada uno de los estados miembros: “Country fiches for all EU MS. Annex to the study ‘Assessment of the EU Member States’ rules on health data in the light of GDPR”, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2021. https://health.ec.europa.eu/document/download/00d6c7a2-39fa-48b2-b873-38281a60573e_en?filename=ms_rules_health-data_annex_en.pdf&prefLang=es

²⁹ El ADN contiene toda la información genética del ser humano y se encuentra distribuido en diversos fragmentos o cromosomas. Representa la información sobre un individuo, su familia o incluso, la comunidad o especie a que pertenece. Debe distinguirse la molécula de ADN (elemento material desde el punto de vista jurídico) y la información que contiene (los datos genéticos). Es este elemento inmaterial, la información contenida en el dato genómico, el que arroja cuestiones jurídicas como el alcance que haya de otorgarse a la exigencia del consentimiento del interesado para los usos de investigación de datos que, además de revelar información personal, en el caso de enfermedades hereditarias también pueden hacerlo de sus parientes.

³⁰ Lejos de la máxima “*igual enfermedad, igual tratamiento*”, los condicionantes genéticos, proteómicos, metabólicos y microbiológicos, e incluso los ambientales de cada persona, son singulares y únicos, y por ello mismo merecedores de una atención sanitaria singular. Y lo mismo, y por las mismas razones, en el ámbito farmacológico (adaptación del fármaco, su administración y dosis a las singularidades y necesidades de cada persona en cada momento).

La secuenciación de los datos genéticos, registrados legalmente en ficheros o bancos de datos, permite el desarrollo de funciones de investigación y clínicas en el estudio y tratamiento del cáncer, enfermedades neurodegenerativas y enfermedades raras, siendo un pilar de la MedPer y de la investigación farmacológica³¹. Además de la funcionalidad de la medicina predictiva en el ámbito de la investigación médica, el análisis del genoma humano puede evitar enfermedades³² causadas por la interacción de los genes y el medio y prevenir efectos ambientales adversos antes de que sus efectos se manifiesten clínicamente³³. El concepto clásico de *enfermedad* (y la consiguiente adjetivación del paciente como *enfermo*) se amplía para incluir la noción, amplia e imprecisa, de *disposición (o predisposición) patológica*³⁴.

II.2.2. Bases jurídicas legitimadoras: regla general y excepciones

En el actual escenario, como se ha anticipado, resulta difícil concitar un equilibrio³⁵ entre los derechos e intereses individuales y las exigencias derivadas de un avance científico cuyo desarrollo y frutos redundan en provecho de la comunidad social y, por ende, en los mismos individuos que la conforman³⁶. El tema es delicado y su complejidad se proyecta a la hora de determinar las bases jurídicas legitimadoras de los tratamientos de datos de salud y, en particular, genéticos. El esquema del RGPD es el siguiente:

³¹ Murillo de la Cueva (2014: 214).

³² La consulta genética pre-gestacional y la renuncia de una pareja a tener descendencia permiten evitar la transmisión de enfermedades. Igualmente, el padecimiento de dolencias de origen genético puede aliviarse modificando pautas alimenticias o adoptando medidas de vida saludable. Frente al diagnóstico médico habitual dirigido a examinar enfermedades contraídas, se apunta a la constitución genética de la persona.

³³ En este escenario, el avance científico-médico requiere recabar información acerca de enfermedades predecibles pero inevitables y la predisposición de ciertos sujetos a contraerlas en función de determinadas variables que resultan controlables.

³⁴ Habrá enfermos, pero se trabajará en un porcentaje muy elevado desde una óptica preventiva con la predisposición de las personas por su actividad laboral o profesional, sus hábitos nutricionales, su estilo de vida (sedentario o activo), su nivel de estrés o su base genética, a determinadas patologías, trastornos o enfermedades físicas o mentales.

³⁵ La categoría de los datos genéticos incluye los más íntimos y sensibles de la persona en cuanto susceptibles de revelar circunstancias únicas, no sólo de su titular, sino de su familia o incluso de comunidades locales. Su virtualidad predictiva sobre posibles riesgos para la salud o predisposición del individuo (o su familia) a padecer determinadas enfermedades, hace que, como afirma Recuero Linares (2019) parece que contengan "(...) una suerte de probable "diario futuro" de cada individuo que describe, de forma tentativa o aproximada, una parte importante de su porvenir y también de su pasado y de su presente". A su juicio, la justificación de su tratamiento jurídico separado está en el carácter único (personalísimo) y estructural (inherente a todo ser humano desde su nacimiento) de dicha información.

³⁶ Los derechos (no sólo los de contenido patrimonial) deben ejercitarse conforme a su *función social* (art. 7.2 CC), debiendo procurar su titular no extralimitarse en el ejercicio de los mismos afectando a derechos, e incluso *intereses legítimos*, de otras personas, también merecedores de protección y tutela.

La regla general es la prohibición de su tratamiento (art. 9.1 RGPD³⁷).

Como excepción/es, se consagra la licitud del tratamiento bajo las siguientes circunstancias:

- Consentimiento explícito del interesado para una o más finalidades específicas (art. 9.2.a);
- Necesidad del tratamiento para el cumplimiento de obligaciones o ejercicio de derechos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito laboral, de seguridad social o prevención de riesgos (art. 9.2.b);
- Necesidad del tratamiento para proteger fines vitales del interesado o de otra persona física, si éstos no estuvieran capacitados física o jurídicamente para aportar su consentimiento (art. 9.2.c), "*cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente*" (C.46)³⁸;
- Tratamiento efectuado por una fundación, asociación u otros organismos sin ánimo de lucro (art. 9.2.d);
- Tratamiento referido a datos hechos públicos por el propio interesado (art. 9.2.e);
- Necesidad del tratamiento para la formulación o defensa de reclamaciones o por los tribunales en el ejercicio de su función judicial (art. 9.2.f);
- Cuando el tratamiento sea necesario por razones de interés público esencial y sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros (art. 9.2.g), para fines de medicina preventiva o laboral (art. 9.2.h);
- Necesidad del tratamiento por razones de interés público en el ámbito de la salud pública o para garantizar elevados niveles de calidad y seguridad en la asistencia sanitaria y en los productos sanitarios o medicamentos (art. 9.2.i);
- Necesidad para fines de archivo en interés público, de investigación científica o histórica o estadísticos y de conformidad con el art. 89 (art. 9.2.j).

2.2.2. *El consentimiento como base legitimadora del tratamiento de datos y sus problemas en el campo de la investigación científica*

El principio general del RGPD es el consentimiento del interesado: ello es acorde con las exigencias derivadas de la debida garantía de los derechos de la personalidad

³⁷ La prohibición en el tratamiento de categorías especiales de datos personales del RGPD abarca los siguientes: datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física (art. 9.1 RGPD).

³⁸ Se trataría de situaciones de extrema urgencia (estado de necesidad), tales como emergencias humanitarias, epidemias, catástrofes naturales, etc.

reconocidos constitucionalmente como fundamentales (art. 18.4 CE, art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y art. 16.1 TUE). El consentimiento en este ámbito consiste en la " *manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*" (art. 4.11 RGPD)³⁹.

En lo que se refiere al *onus probandi*, será el responsable del tratamiento (responsabilidad proactiva) quien tenga que acreditar que el interesado prestó el debido consentimiento (art. 7.1 RGPD), principio aplicable al tratamiento de datos relativos a la salud y genéticos: el art. 9.2.a) exige, de este modo, que tal consentimiento específico⁴⁰ sea explícito⁴¹. Se requiere una declaración del interesado o una clara acción afirmativa (activa) mediante una acción o declaración, en consonancia con la orientación previa publicada por el "Grupo de Trabajo del art. 29"⁴².

Para soslayar los inconvenientes prácticos derivados de la dificultad de obtener el consentimiento del titular de la información contenida en el dato, sobre todo cuando se trata de usos genómicos, se ha introducido el concepto "*consentimiento amplio*" o "*broadconsent*"⁴³. Se permite con ello dotar a esta base jurídica legitimadora de una mayor flexibilidad a la hora de fundamentar jurídicamente tratamientos de datos personales con fines de investigación⁴⁴, dándose prioridad a los beneficios que, para los

³⁹ Como se establece en las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, además de la definición modificada que figura en el art. 4, apartado 11, el RGPD proporciona orientación adicional en el art. 7 y en los C. 32, 33, 42 y 43, sobre cómo debe actuar el responsable del tratamiento con el fin de cumplir con los elementos principales del requisito de consentimiento.

⁴⁰ Entre otros autores que han abordado la materia, GALÁN CORTÉS (2001: 346-347), DE SOLA (1994: 179-190) y CUSÍ (2015: 21(74): 14-19).

⁴¹ Recogido en el art. 8.2.a) de la Directiva de 1995 e incluso en el art. 16 letra v) del Convenio de Oviedo (1997): interpretado de forma restrictiva, implicaría la necesidad de que el consentimiento y la información previa se prestaran para cada investigación, estudio o proyecto concreto, lo cual es de imposible articulación práctica y "de facto" supone ir en contra del avance médico: es por lo que el RGPD permite a los interesados prestar consentimiento para determinados ámbitos o áreas de la investigación o para concretos proyectos o partes de estos (C. 33 RGPD).

⁴² En aquellas situaciones en las que exista un grave riesgo en relación con la protección de los datos y en las que se considere adecuada la exigencia de un elevado nivel de control sobre los datos personales, como sucede con los datos de salud, se requiere un consentimiento "explícito", en ningún modo tácito o sobreentendido

(https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf)

⁴³ Los fines deben siempre especificarse, si bien es posible hacerlo con una descripción general implementándose a la vez mecanismos que garanticen la protección de los derechos de los interesados.

⁴⁴ En estos términos se pronuncia la AEPD en su Informe 0046/2018 acerca de la incidencia del RGPD en el ámbito de la investigación biomédica: la interpretación abierta permitiría, v.gr., que en lugar de prestar el consentimiento únicamente para investigaciones sobre un determinado tipo de cáncer, este pudiera conferirse para una rama más amplia como la investigación oncológica en general. Esta solución no parece, sin embargo, satisfacer los intereses implicados. Considérese que pierde el titular del dato cualquier información sobre el paradero, la ubicación o sus destinatarios y, por ende, la capacidad de control sobre

individuos y la sociedad, pueden derivarse de tales investigaciones y fines ulteriores, aún no previstos.

Sin embargo, pese a que el consentimiento específico del titular de los datos como base legitimadora es apriorísticamente la que mejor se acomoda a los esquemas clásicos (e incluso a las exigencias éticas)⁴⁵, se enfrenta a un problema de hecho, que es la extrema dificultad de implementar los mecanismos para hacerlo efectivo en la práctica, especialmente cuando se trata de utilizar los datos para fines secundarios con el uso de tecnologías “big data”, constituyendo en muchos casos una solución inviable.

Además del consentimiento amplio, amparado normativamente en nuestro sistema, como veremos, algunos autores abogan por implementar mecanismos de un consentimiento denominado “dinámico” (CUSÍ). El “dynamic consent” supondría la creación de una aplicación o sistema informático que permita el acceso a la información y al uso del ADN mediante una base de datos sólo cuando el donante hubiera dado su consentimiento específico. La comunicación se realizaría mediante una herramienta online: el biobanco podría proporcionar al donante información sobre cada uno de los proyectos en que se deseara utilizar sus muestras, los riesgos y beneficios y resultados, solicitar información adicional en su caso y recabar el consentimiento para cada proyecto. Por su parte, el donante podría solicitar información, otorgar su consentimiento para cada proyecto y revocarlo o cambiarlo a través de esa aplicación⁴⁶.

El legislador europeo, consciente de las dificultades, que, “de facto” obstaculizan el desarrollo científico, tecnológico y económico de la Unión, opta por calificar como *general* una regla, la del consentimiento, que en la práctica no resulta ser tal, previendo a continuación en el RGPD hasta nada menos que diez vías habilitadoras distintas. Desde luego, ello presenta como ventaja práctica el poderse optar por una u otra base e acuerdo

aquéllos. Tampoco convence a investigadores, empresarios y agentes tecnológicos, que requieren grandes cantidades de datos obtenidos de distintas fuentes, debido tanto a tanto a la lentitud del proceso como a sus elevados costes económicos.

⁴⁵ Podría sostenerse la exigencia de renovación actual del consentimiento otorgado por el donante y colocado en un biobanco específico acaso hace muchos años, cuando no había estudios científicos o investigaciones en cierta materia. El consentimiento no puede consistir en un “cheque en blanco”, como afirma Romeo Casabona. A nuestro juicio, pueden hallarse fórmulas que permitan la reutilización de datos para investigación salvaguardando a la vez el principio axial del consentimiento: se podrían invocar vías de legitimación del tratamiento de datos basadas en la finalidad de interés social con la implementación de un sistema bien articulado tecnológicamente que garantice la información a los sujetos-fuente del derecho a oponerse o excluir los nuevos usos. Esta puede ser una fórmula apta para conciliar los intereses en conflicto. Romeo Casabona (1997: 305-360).

⁴⁶ Cusí (2015: 21(74): 14-19).

con las circunstancias concurrentes en cada caso⁴⁷ pero a cambio de otorgarse un margen de discrecionalidad excesivamente amplio a los estados a la hora de concretar el alcance de las excepciones en las respectivas legislaciones internas. Es decir, el RGPD no sólo no limita el consentimiento, sino que ofrece una pluralidad de alternativas al mismo aptas para legitimar jurídica (y éticamente) tratamientos de datos de salud con fines de investigación. Coexistiendo una pluralidad de bases jurídicas legitimadoras, se elegirá la más apropiada a cada caso, excepcionándose de hecho un principio general (el consentimiento del titular del derecho) que ha sido, y es, clave de bóveda del actual marco regulador de los derechos de la personalidad (y así ha sido interpretado por la jurisprudencia).

Por otra parte, el art. 5.1.b) RGPD proclama, también como principio generalmente aplicable a los tratamientos, el de limitación de la finalidad, y así, *“los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines”*. Por las mismas razones expuestas y en un ejercicio de realismo en la aplicación práctica de la norma, el propio art. 5.1.b) proclama una excepción, al declararse expresamente que el tratamiento ulterior de los datos con fines de investigación científica *“no se considerará incompatible con los fines iniciales”*. De nuevo, este viraje ofrece una base jurídica alternativa para el tratamiento de datos personales genéticos y de salud con fines de investigación científica: el responsable no necesitará otra vía distinta de la que permitió la obtención de los datos (consentimiento u otra) si el destino ulterior es la investigación. Con ello se legitiman ciertos usos secundarios de los datos de carácter personal, vitales para el avance científico en el campo de la MedPer, adoptándose como contrapartida la obligación de exigir (art. 5.1.b) la adopción de garantías y salvaguardas *“adecuadas”*. Habrá que ver cómo se concreta en cada caso este concepto jurídico indeterminado para la protección de los derechos y libertades de los interesados, de conformidad con el art. 89.1 del RGPD⁴⁸. Y sobre todo, si se implementan y cómo tales medidas de salvaguarda de los derechos individuales, generalmente a través de procesos de seudonimización que conjuren los peligros de la reversión y consiguiente identificación del interesado.

⁴⁷ García (2018: 16).

⁴⁸ En la misma línea se sitúa el C. 50 RGPD: *“El tratamiento de datos personales con fines distintos de aquellos para los que hayan sido recogidos inicialmente solo debe permitirse cuando sea compatible con los fines de su recogida inicial (...). Las operaciones de tratamiento ulterior con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos deben considerarse operaciones de tratamiento lícitas compatibles”*.

El RGPD enumera factores o supuestos asociados a riesgos⁴⁹ que requieren extremar las medidas de garantía de los derechos y libertades de los interesados (C.75)⁵⁰. En lo que se refiere a la concreción de estas medidas y mecanismos de garantía, establece el art. 5.1.f) RGPD que “1. Los datos personales serán: (...) f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad».)” Y el art. 32 RGPD (“Seguridad del tratamiento”) dispone que “1. Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros: a) la seudonimización y el cifrado de datos personales; b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico; d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento⁵¹.”.

⁴⁹ AEPD en Procedimiento Sancionador Nº: PS/00250/2021 en el que se dice que “como consecuencia de la falta de implantación de medidas técnicas y organizativas adecuadas de obligado cumplimiento por las Administraciones Públicas (...) ha provocado el acceso por tercera persona ajena a los datos alojados en el sistema de información de historiales clínicos del SES.”. <https://www.aepd.es/documento/ps-00250-2021.pdf>

⁵⁰ “(...) en particular, en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados.”

⁵¹ “2. Al evaluar la adecuación del nivel de seguridad se tendrán particularmente en cuenta los riesgos que presente el tratamiento de datos, en particular como consecuencia de la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos”.

II.2.3. Los fines de interés público como vía de habilitación del tratamiento de datos de salud: cuestiones problemáticas

El recurso al interés público (art. 9.2 letras *i*) y *j*) RGPD como base legitimadora de los tratamientos no es novedoso. La regulación contenida en la anterior directiva permitía a los estados establecer excepciones por esta vía a la prohibición general del tratamiento de categorías especiales de datos personales. Por consiguiente, no puede decirse que el RGPD supusiera en este punto un avance extraordinario legitimando los tratamientos necesarios “h) (...) para fines de (...) diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social”, “ i) (...) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública” o “j) (...) con fines de investigación científica (...)”.

No existe en este reglamento un concepto armonizado de “interés público”. Es más: no sólo no se define ni delimita (a diferencia del de “salud pública”⁵²), sino que se delega expresamente dicha facultad en los estados miembros, estableciendo expresamente que la necesidad de dicho tratamiento se determine “sobre la base del Derecho de la UE o de los Estados miembros”, de forma “proporcional al objetivo perseguido” y respetando el derecho a la protección de datos “en lo esencial”, siendo los estados quienes determinen “las medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”. Hubiera sido clarificador determinar el alcance de tal núcleo esencial en el marco de salvaguarda de la protección de datos que, en todo caso, debe respetarse: está claro que la limitación de la finalidad impedirá la utilización para fines distintos, por ejemplo, de datos personales en poder de empresas (aseguradoras, entidades bancarias) pero, en lo demás, se obliga en cada caso a consultar la normativa interna del estado miembro en cuestión para concretar los tratamientos de datos comprendidos y los excluidos dentro del concepto (indeterminado) de interés público.

Como se verá, los recientes Reglamentos sobre el EEDS y el RDP (“Data Act”) contienen reglas que permitan afirmar que se ha logrado la deseable armonización en materia de uso secundario de datos de salud: el legislador comunitario, incapaz de poner orden en una unión supranacional que abarca (tras el Brexit) 27 sistemas diferentes con distintos niveles de digitalización y de protección de datos (como se deduce del informe

⁵² Por “salud pública” debe entenderse todos los elementos relacionados con la salud, concretamente el estado de salud, con inclusión de la morbilidad y la discapacidad, los determinantes que influyen en dicho estado de salud, las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la puesta a disposición de asistencia sanitaria y el acceso universal a ella, así como los gastos y la financiación de la asistencia sanitaria, y las causas de mortalidad.

de la Comisión “Assessment of the EU Member States’ rules on health data in the light of GDPR”: 2021), abre la puerta a un escenario supranacional excesivamente fragmentado, en contra de las mínimas exigencias de seguridad jurídica que demanda competir en un entorno global, muy cambiante y altamente complejo.

II.2.3. “Altruismo de datos”: la cesión de uso de los datos personales de salud

La “Comunicación sobre la Estrategia Europea de Datos” de la Comisión (2020) esboza el concepto de “altruismo de datos”, sobre el cual se pretende «*facilitar que las personas permitan el uso de los datos que generan para el bien público, si así lo desean, de conformidad con el RGPD*». De nuevo hubiera sido más correcto, a nuestro juicio, emplear directamente el término “consentimiento”, pero ello no es casual: jurídicamente hablando, *desear* no es equivalente a manifestar o declarar la voluntad (esto es: *consentir*). La remisión al RGPD muestra, una vez más, la intención de apartarse del enfoque tradicional del consentimiento como base general habilitadora para dar paso a cláusulas de interés general en caso de usos secundarios de datos. Yendo más allá, introduce el de «solidaridad de los datos» como concepto fundamentado en la necesidad de la ciencia y la tecnología de generar información suficiente (esto es: *data*) para su avance y desarrollo.

La «cesión altruista de datos» se entiende así como “*todo intercambio voluntario (...) basado en el consentimiento de los interesados para que se traten sus datos personales, o en el permiso de los titulares de datos para que se usen sus datos no personales, sin ánimo de obtener o recibir una gratificación que exceda de una compensación relativa a los costes en que incurran a la hora de facilitar sus datos, con objetivos de interés general*⁵³ tal como se disponga en el Derecho nacional, en su caso, como, por ejemplo, la asistencia sanitaria, (...), la elaboración de políticas públicas o la investigación científica de interés general” (art. 2.16). Siguiendo a Jorqui Azofra (2023), son varios los elementos del concepto de “cesión altruista de datos” en el RGD que requieren aclaración. El más problemático y complejo es el consentimiento: determinar qué debe entenderse por “consentimiento del interesado” y bajo qué modalidad (específico, amplio, dinámico) y en qué condiciones debe prestarse, siendo como es (al menos, hasta el momento), la piedra angular sobre la que se ha cimentado la relación médico-paciente y

⁵³ En cuanto al “interés general”, el C.45 RGD ofrece algunos ejemplos de objetivos de interés general: la asistencia sanitaria, la lucha contra el cambio climático, la mejora de la movilidad, la facilitación del desarrollo, elaboración y difusión de estadísticas oficiales, la mejora de la prestación de servicios públicos o la elaboración de políticas públicas. El respaldo a la investigación científica debe considerarse, por supuesto, un objetivo de interés general.

el concepto de autonomía o autodeterminación en el ámbito sanitario (art. 4 LBRAP). La cesión altruista de los datos de salud se debería fundamentar en el consentimiento de los interesados en el sentido del art. 6, apdo. 1, a) y del art. 9, apdo. 2, a) RGPD, que debe ser conforme a los arts. 7 y 8 RGPD. No obstante, en el C. 50 RGPD también parece admitirse esta noción al señalarse que *“los fines de investigación científica pueden respaldarse mediante el consentimiento para determinados ámbitos de investigación científica que respeten las normas éticas reconocidas para la investigación científica o solamente para determinadas áreas de investigación o partes de proyectos de investigación”*. El art. 5, apdo. 1, b) RGPD especifica que el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de investigación científica *“no debe considerarse, conforme al art. 89 apdo. 1, incompatible con los fines iniciales. Las limitaciones a la utilización de los datos no personales deben figurar en el permiso otorgado por el titular de los datos”*.

II.3. El consentimiento y sus excepciones en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD)

En el ordenamiento español, la extensa Disposición Adicional 17^a de la LOPDPGD⁵⁴ ha optado por unificar en un mismo precepto la totalidad de bases, criterios y garantías relativas al tratamiento de datos de salud, sin distinción ni especificación alguna. En el núm. 2 establece que el tratamiento de datos de salud para fines de investigación se regirá por los siguientes criterios:

- La prestación del consentimiento del interesado para el uso de sus datos con fines de investigación en salud y, en particular, la biomédica, *“podrá abarcar categorías relacionadas con áreas generales vinculadas a una especialidad médica o investigadora”*;

- Sin contar con tal consentimiento, las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública podrán realizar estudios *“en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública”*;

- Se considerará lícita y compatible la reutilización de datos personales con fines de investigación en materia de salud y biomédica cuando, habiéndose obtenido el consentimiento para una finalidad concreta, se utilicen los datos para finalidades o áreas

⁵⁴ La LOPDPGD se decanta así por aunar indistintamente todas las bases jurídicas de legitimación cuyo desarrollo compete a los estados miembros de la UE (letras g, h, i, j del art. 9.2 RGPD).

de investigación relacionadas con el área en la que se integrase científicamente el estudio inicial (uso secundario)⁵⁵;

- Se considera lícito el uso de datos personales seudonimizados con fines de investigación en salud y, en particular, biomédica. El uso de datos personales seudonimizados con fines de investigación en salud pública y biomédica requerirá:

1.º Una separación técnica y funcional entre el equipo investigador y quienes realicen la seudonimización y conserven la información que posibilite la reidentificación.

2.º Que los datos seudonimizados únicamente sean accesibles al equipo de investigación cuando:

i) Exista un compromiso expreso de confidencialidad y de no realizar ninguna actividad de reidentificación.

ii) Se adopten medidas de seguridad específicas para evitar la reidentificación y el acceso de terceros no autorizados.

Podrá procederse a la reidentificación de los datos en su origen, cuando con motivo de una investigación que utilice datos seudonimizados, se aprecie la existencia de un peligro real y concreto para la seguridad o salud de una persona o grupo o una amenaza grave para sus derechos o sea necesaria para garantizar una adecuada asistencia sanitaria.

Finalmente se establece que cuando se traten datos personales con fines de investigación en salud, podrán excepcionarse los derechos previstos en los arts. 15, 16, 18 y 21⁵⁶ cuando se ejerzan directamente ante los investigadores o centros de

⁵⁵ En tales casos, los responsables deberán publicar la información establecida por el art. 13 RGPD en un lugar fácilmente accesible de la página web corporativa del centro donde se realice la investigación o estudio clínico, y, en su caso, en la del promotor, y notificar la existencia de esta información por medios electrónicos a los afectados. Cuando estos carezcan de medios para acceder a tal información, podrán solicitar su remisión en otro formato. Para estos tratamientos se requerirá informe previo favorable del Comité de Ética de la Investigación.

⁵⁶ Derechos previstos en los arts. 15 (derecho de acceso), 16 (derecho de rectificación), 18 (derecho a la limitación del tratamiento) y 21 (derecho de oposición al tratamiento) del RGPD La LOPDGDD no menciona la posibilidad de limitar los derechos de supresión y a la portabilidad, lo cual no significa que no existan. Simplemente, no se derivan directamente del art. 89, aunque su suspensión está, en ocasiones, relacionada con él. Así sucede, por ejemplo, en el caso del derecho a la supresión, que no cabe cuando el tratamiento de los datos sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el art. 9, apdo.2, letras h) e i), y apdo.3 ((art. 17.3.(c) RGPD), o sea preciso con fines de investigación científica (,,,) de conformidad con el art. 89, apdo.1, en la medida en que el derecho indicado en el apdo. 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento (art. 17.3.(d) RGPD).

El derecho de portabilidad sólo se aplica cuando la base de legitimación del tratamiento de los datos haya sido el consentimiento o el cumplimiento de un contrato, ex art. 20, apdo.1, letra a), RGPD. En particular, el apdo. 3 del art. 20 RGPD indica que este derecho no se aplicará al tratamiento que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Además, no podrá ejercerse sobre los datos inferidos por el responsable del tratamiento, esto es, datos que no le hayan sido proporcionados por el interesado.

investigación que utilicen datos anonimizados o seudonimizados, el ejercicio de tales derechos se refiera a los resultados de la investigación, siempre que la misma tenga por objeto un interés público esencial relacionado con la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública “*u otros objetivos importantes de interés público general, siempre que en este último caso la excepción esté expresamente recogida por una norma con rango de Ley*”.

Otra medida de salvaguarda: se deberá a realizar una evaluación de impacto que determine los riesgos derivados del tratamiento, la cual incluirá de modo específico los riesgos de reidentificación vinculados a la anonimización o seudonimización⁵⁷ de los datos (a decir de los expertos, improbables, pero técnicamente posibles). El riesgo⁵⁸ no es descartable, a decir de los expertos y a la vista del estado actual de desarrollo técnico y científico⁵⁹.

En esta materia es clave el establecimiento, implementación rigurosa y medidas sancionadoras y reparatorias con eficacia disuasoria frente a los incumplimientos normativos. Igualmente, la regulación de autoridades de supervisión y control, sobre todo

Tampoco menciona la LOPDGDG ninguna posible restricción al derecho a la información de los arts. 13 y 14 RGPD. Sin embargo, estos mismos preceptos señalan que no existe obligación de informar en la medida en que el interesado ya disponga de la información. Además, tampoco lo será, en caso de que los datos no se hubieran recogido del interesado (art.14.5) si: (...)“*b) la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, en particular para el tratamiento con fines de (...)investigación científica(...), a reserva de las condiciones y garantías indicadas en el art. 89, apdo. 1, o en la medida en que la obligación mencionada en el apdo. 1 del presente artículo pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento.*”.

⁵⁷ Como garantía referente a la seudonimización, el uso de tipo de *data* con fines de investigación en salud pública y, en particular, biomédica deberá ser sometido al informe previo del correspondiente Comité de Ética de la Investigación (o, en su defecto, informe previo del delegado de protección de datos o de un experto).

⁵⁸ La AEPD ha puesto a disposición de los interesados la herramienta “*Evalúa-Riesgo RGPD v2*”, disponible en <https://www.aepd.es/guias-y-herramientas/herramientas/evalua-riesgo-rgpd>. Entre los factores de riesgo que se citan como posibles se encuentran aquellos derivados de la naturaleza del tratamiento, como sistemas de monitorización remota, telediagnóstico o toma de decisiones automatizadas, entre otros; los que por su ámbito y extensión, abarcan a gran parte de la población, colectivos vulnerables, menores, o afectan a datos genéticos (con una vertiente, como es sabido, transgeneracional). Igualmente los que por razón del contexto, producen brechas en el entorno sanitario, sensibilidad social, etc., y los que conllevan un riesgo debido a sus fines directos y colaterales, como elaboración de perfiles o toma de decisiones automatizadas sin intervención humana.

⁵⁹ Las mismas normas se refieren a la posibilidad fáctica de reidentificación de la persona a través de *data* previamente anonimizados o seudonimizados. También la AEPD se refiere extensamente a estos riesgos de reidentificación y a la necesidad de implementar garantías frente a ellos en la “*Guía para Profesionales del Sector Sanitario*” (junio, 2022) y en la “*Información para Pacientes de Salud en relación con los datos personales*” y las principales reclamaciones a la AEPD en la materia.

en los casos que puedan comprometer derechos de la personalidad⁶⁰ reidentificando a la persona.

III. LA PRIVACIDAD PERSONAL Y EL AVANCE DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA COMO INTERESES EN CONFLICTO: PROBLEMAS PRÁCTICOS

Las exigencias que derivan de los avances en la investigación biomédica y genómica ponen en cuestión algunos de los principios clásicos consagrados normativamente en materia de tratamiento de datos de salud para fines de investigación. Uno de ellos es el de la limitación de la finalidad primigenia del tratamiento, regulado en el art. 5.1.b RGPD, según el cual los datos serán recogidos "*con fines determinados, explícitos y legítimos y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines*". En el curso de las actuales investigaciones médicas y biomédicas, es frecuente que las conclusiones de proyectos iniciales sienten las bases a nuevas investigaciones relacionadas. Es por ello por lo que se permite el otorgamiento de consentimientos amplios cuando se dispone que el tratamiento ulterior con fines de investigación científica "*no se considerará incompatible con los fines iniciales*"⁶¹.

⁶⁰ En relación al derecho de acceso a los datos de salud, vid. entre otras, la Resolución N.º: R/00679/2021 de la AEPD resolviendo sobre el derecho de acceso a los datos de salud a disposición de una clínica dental. <https://www.aepd.es/documento/ps-00250-2021.pdf>

⁶¹ El C. 33 RGPD reconoce que, con frecuencia, no es posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento en el momento de su recogida, por lo que "*debe permitirse a los interesados dar su consentimiento para determinados ámbitos de investigación científica que respeten las normas éticas reconocidas para la investigación científica*". Los interesados en estos casos "*deben tener la oportunidad de dar su consentimiento solamente para determinadas áreas de investigación o partes de proyectos de investigación, en la medida en que lo permita la finalidad perseguida*". Cuando no puedan especificarse totalmente los fines de la investigación, el responsable del tratamiento debe buscar otras maneras de garantizar que se protege la esencia de los requisitos de consentimiento: por ejemplo, permitir que los interesados den su consentimiento a un fin de investigación en términos más generales y a fases concretas de un proyecto de investigación que ya se conozcan desde el inicio. A medida que la investigación avance, puede obtenerse el consentimiento para los pasos posteriores antes de comenzar la fase siguiente. No obstante, dicho consentimiento debe mantener su conformidad con las normas éticas aplicables a la investigación científica. El responsable del tratamiento puede, en esos casos, aplicar la minimización de los datos y la anonimización como medidas de salvaguarda de derechos individuales. La anonimización es la solución idónea si el fin de la investigación puede alcanzarse sin el tratamiento de datos personales (los datos anonimizados no tienen esta consideración).

El RGPD exige además (“*principio de transparencia y deber de información*”⁶² ex arts. 5.1.a y 14.5.b RGPD) que al interesado se le facilite información, tanto si los datos se recogen directamente del propio interesado (art. 13) como si no (art. 14): supuesto este último en el que, si dicha información fuera imposible, desproporcionada o pudiera obstaculizar el logro pretendido, se puede dispensar del deber de información en ciertas de la finalidad pretendida en los tratamientos con fines de investigación científica, condiciones y con las necesarias garantías (apdo. 5).

Otro límite cuestionado es el principio de limitación del plazo de conservación de los datos (art. 5.1.e RGPD), que implica que los datos recabados para usos de investigación científica sólo podrán ser mantenidos y tratados por el tiempo estrictamente necesario: se olvida que, por su propia naturaleza, las investigaciones suelen prolongarse temporalmente durante acaso varios años, siendo imprescindible conservar los resultados (y consiguientemente los datos primigenios) en orden a su verificación científica y posibles ulteriores investigaciones. Es por ello que el RGPD permite expresamente conservar “durante períodos más largos” los datos cuando se traten con fines de investigación científica.

Tampoco resulta de fácil conciliación con las exigencias del desarrollo médico y científico⁶³ y, en particular, con el ámbito de la investigación genómica, el “principio de minimización de datos” recogido en el art. 5.1.c RGPD, que exige que se recaben los datos que sean “*adecuados, pertinentes y limitados a los fines del tratamiento*”⁶⁴.

⁶²Según las Directrices DEL OMITÉ Europeo de Protección de Datos (CEPD), la transparencia constituye una garantía adicional cuando las circunstancias de la investigación no permiten obtener un consentimiento específico. Los responsables del tratamiento pueden compensar la falta de concreción del fin facilitando información periódica sobre el desarrollo a medida que avanza el proyecto de investigación de manera que, con el tiempo, el consentimiento sea lo más específico posible. Asimismo, contar con un plan integral de investigación al que los interesados puedan recurrir, podría contribuir a compensar la falta de concreción del fin, el cual debería especificar las cuestiones de la investigación y los métodos de trabajo previstos de la manera más clara posible. También puede ser pertinente nombrar una persona a quien poder dirigir dudas y preguntas.

⁶³ Lecuona Ramírez (2018: 577).

⁶⁴ Problema adicional es el relativo a la identificación de responsables y encargados del tratamiento, sobre todo en la investigación médica “traslacional” (“*traslational research*”), caracterizada por la participación simultánea de multitud de actores, e incluso, pertenecientes a diversas instituciones y/o países, con los consiguientes riesgos para la seguridad de la información. En estos casos, como indica Recuero Linares (2019), la correcta identificación de los responsables y encargados del tratamiento podría garantizarse con una correcta evaluación y análisis inicial y con mecanismos de trazabilidad de la información. Al mismo tiempo, se deben garantizar medidas de seguridad reforzadas debido al carácter especialmente sensible que revisten los datos genéticos y de salud.

En lo relativo al consentimiento como base legitimadora general, el denominado consentimiento “amplio”⁶⁵ o “dinámico”⁶⁶ aparece como el fundamento que mejor garantiza la *privacy* (pero no el más operativo): la adecuada protección de derechos de la personalidad como datos personales de salud son inherentes al ser humano, especialmente sensibles y dotados de una vertiente familiar y comunitaria innegable cuando se trata de genómica, pero su protección absoluta podría entrar en conflicto con las necesidades del avance científico médico. Lo cual redundaría, a corto, pero sobre todo a medio y largo plazo, en beneficios para la comunidad social y los miembros que la integran)⁶⁷. De ahí que sea necesario articular un régimen basado en la posibilidad de invocar vías legitimadoras basadas en el “interés social” implementando, eso sí, de forma rigurosa, las necesarias garantías y medidas, técnicas y organizativas en orden a proteger los derechos y libertades

⁶⁵Como afirma Cusí Sánchez (2023), en el momento de obtener las muestras e incorporarlas a un biobanco no es posible conocer a qué proyectos se dedicarán, puesto que las solicitudes son muchas y variadas y no es posible “a priori” tener conocimiento de ellas. El consentimiento específico no se adapta a un biobanco y es necesario recurrir a un consentimiento amplio para investigación biomédica. Según el autor, en los biobancos se utiliza el CI amplio para investigación debido a las circunstancias concurrentes: la imposibilidad de saber con antelación para qué proyectos se solicitarán las muestras, la utilización de un software que proporcione un alto nivel de protección de los datos y de trazabilidad, las medidas de restricción del acceso a las muestras, el escaso número de personas que pueden acceder a datos y a muestras, las múltiples auditorías de la AEPD a que están sometidos y las garantías de buen uso de datos y muestras que ofrecen los comités científico y ético del biobanco. CUSÍ (2015: 21(74): 14-1).

⁶⁶Desde 2001, se comienza a hablar de consentimiento “dinámico”, por la necesidad de mayores niveles de salvaguarda de la confidencialidad de la información médica y genética y el apoyo de la investigación en estos campos. Se trata de crear un mecanismo informático que solamente permita el acceso a la información y al uso del ADN cuando el donante hubiera dado su consentimiento específico, mediante una base de datos configurada. La comunicación con el donante se realizaría mediante una herramienta online que lo permitiera, de modo que el biobanco podría proporcionar al donante información sobre cada uno de los proyectos en que se deseara utilizar sus muestras, los riesgos y beneficios y resultados, solicitarle información adicional si se precisara y fácilmente un CI para cada proyecto. Por su parte, el donante podría solicitar información, otorgar su CI para cada proyecto y revocar su CI o cambiarlo en cualquier momento a través de esa aplicación. Según la autora, “el sistema que utilizan actualmente los biobancos y el CI amplio respetan la autonomía y la protección del paciente: garantizan la confidencialidad, la trazabilidad, el buen uso de muestras y datos, permiten la revocación del CI en cualquier momento y, en consecuencia, la destrucción inmediata de las muestras y la retirada de los datos del paciente. Los aspectos de comunicación con el donante pueden ser mejorados, sin que ello signifique que toda comunicación deba ser online ya que la comunicación de resultados individuales debe hacerse mediante el contacto personal en un marco asistencial. Por otra parte, la posible sustitución del CEIC por CIs específicos de proyecto se debe evitar. Creemos que, en un biobanco, el CI amplio respeta la autonomía y la protección del paciente, y dada la escasez de recursos disponibles no parece conveniente imponer el CI dinámico en nuestro entorno” (Cusí Sánchez, 2023).

⁶⁷ Se trata de una exigencia ineludible de la MedPer: la aplicación en un momento dado de un tratamiento o fármaco a un paciente concreto exige como requisito previo la formulación de hipótesis y el desarrollo de conclusiones científicamente válidas procedentes de investigaciones de amplio alcance, las cuales requieren la previa disponibilidad de ingentes cantidades de datos personales, tanto de personas sanas como de pacientes enfermos, para su tratamiento mediante técnicas de *big data* (Nicolás Jiménez, 2019: 7; Quinn y Quinn, 2018: 1004; Burke et al., 2018: 83).

de los interesados⁶⁸. En este sentido, se habla de investigación traslacional⁶⁹ (“*traslational research*”) como aquella que pretende aplicar el conocimiento científico para hacerlo útil y aplicable a las necesidades de la población: se trata de “*trasladar los hallazgos del laboratorio o la universidad a los hospitales, centros de salud y la medicina clínica*” (Castellanos) con la finalidad de paliar el desajuste entre la investigación biomédica básica, caracterizada por el elevado tiempo en alcanzar resultados tangibles y aplicables para los pacientes y la aplicación clínica (“*bench to bedside research*”, Ángeles y Escobar, 2016: 16).

A nuestro juicio, la solución al dilema entre avance científico y protección de derechos individuales⁷⁰ pasa por regular e implementar medidas eficaces de salvaguarda de la privacidad de los datos personales partiendo de la base de la imposibilidad de alcanzar un 100% de seguridad en este ámbito. La evolución hacia estadios superiores de conocimiento científico en el ámbito médico justifica la asunción de cierto riesgo, que a lo largo del desarrollo evolutivo de nuestras sociedades siempre ha estado presente. La legislación comunitaria, como la normativa nacional de los distintos estados miembros, contempla como garantías la anonimización y seudonimización de datos, que en ocasiones se confunden⁷¹. El tratamiento de anonimización⁷² genera un único conjunto de datos, mientras que el de seudonimización genera dos: la información seudonimizada, por un lado, y la información adicional que permite revertir la anonimización, por otro⁷³. El conjunto de datos anonimizados⁷⁴ no está bajo el ámbito de aplicación RGPD, aunque pudiera estar bajo el ámbito de aplicación de otras normas (p. ej. de seguridad nacional,

⁶⁸ Parra Calderón (2017: 63).

⁶⁹ Díaz Rubio (2010: 110-111) define investigación básica como aquella que tiene como finalidad ampliar el conocimiento científico sin perseguir, en principio, ninguna aplicación práctica y que normalmente se desarrolla en centros de investigación y universidades y muy raramente en hospitales o centros de salud.

⁷⁰ Al que se refiere, entre otros autores, Martínez Velencoso (2022: 195).

⁷¹ La información anónima es un conjunto de datos que no guarda relación con una persona física identificada o identificable en tanto que la información seudonimizada es un conjunto de datos que no puede atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, requiere que dicha información adicional figure por separado y, además, esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos no se atribuyan a una persona física identificada o identificable (art. 4.5).

⁷² Una vez el conjunto de datos está anonimizado, desaparece la obligación de implementar los otros tres conjuntos de garantías, al menos desde el punto de vista normativo.

⁷³ Sobre la codificación de datos de los participantes de un estudio de salud y análisis de las características, ventajas e inconvenientes de las técnicas a emplearse como medida de protección, García-Blanch Sanz de Andino (2023: 15-41).

⁷⁴ Sobre anonimización de datos, técnicas de anonimización, riesgos de reidentificación de la persona, etc. *vid.* “Guía básica de anonimización” elaborada por la Autoridad Nacional de Protección de Datos de Singapur (PDPC - Personal Data Protection Commission Singapore), disponible en <https://www.aepd.es/documento/guia-basica-anonimizacion.pdf>

salud pública, infraestructuras críticas, etc.)⁷⁵: los datos se considerarán anonimizados en la medida que no exista una “probabilidad razonable” que cualquier persona pueda identificar a la persona física en el conjunto de datos. ¿Cómo se realiza dicho juicio de probabilidad? Teniendo en cuenta, como reza el C. 26 RGPD, los costes, el tiempo requerido para llevar a cabo la reidentificación (es posible la reversión con los riesgos que ello implica⁷⁶) o los medios tecnológicos necesarios para conseguir dicha la reversión, tanto los actuales como teniendo en cuenta los avances tecnológicos.

El conjunto de datos seudonimizados, y la información adicional vinculada están bajo el ámbito de aplicación del RGPD, así como el tratamiento que los genera. De ahí que se halle protegido por cuatro tipos de garantías a las que se refiere la doctrina: en primer lugar, el propio tratamiento de seudonimización ha de impedir la reidentificación sin disponer de la información adicional; en segundo lugar, los principios y garantías del RGPD que establecen limitaciones, entre otras, a las finalidades, el periodo de conservación o la comunicación de los datos seudonimizados; en tercer lugar, las garantías adicionales que incorpore el tratamiento de los datos seudonimizados en función del riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas; y en cuarto y derivado del anterior, las garantías técnicas y organizativas para evitar las brechas de datos personales, tanto sobre el conjunto seudonimizado como sobre la información adicional.

IV. QUO VADIS, EUROPA? O LA UE EN LA ENCRUCIJADA: LA COMPLEJA ARTICULACION NORMATIVA DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS

IV.1. La inminente aprobación del reglamento regulador del EEDS

⁷⁵ En ese caso, debe tenerse en cuenta que el tratamiento que generan los datos anonimizados sí es un tratamiento de datos personales, que puede considerarse compatible con el fin original del tratamiento de datos personales del que proceden los datos (*Vid.* Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización). Además, el conjunto de datos anonimizados queda fuera del ámbito de aplicación del RGPD, en la medida que es posible demostrar objetivamente que no existe capacidad material para asociar los datos anonimizados a una persona física determinada, directa o indirectamente, ya sea mediante el uso de otros conjuntos de datos o medidas técnicas y materiales que pudieran existir a disposición de terceros.

⁷⁶ Aun cuando una base de datos contenga exclusivamente datos no personales, resulta técnicamente posible, a decir de los expertos que de la combinación de diversas fuentes de estos datos se llegue a obtener información que permita identificar a las personas a que se refieren. Siguiendo a De Miguel Beriáin (2023: 23), en este punto, dado que las HC pueden incluir datos genéticos “*cabrían dos opciones: o bien separar los datos genéticos de los demás datos de salud, lo que conlleva un trabajo arduo; o bien olvidar el concepto de anonimización y aplicar el de seudonimización, con lo que esto conlleva en términos de exigencia de garantías y limitación en el acceso a los datos que no podrían, por ejemplo, ser descargados por el usuario*”.

Soplan vientos de cambio en la Unión Europea. Consciente de la importancia de los datos, personales y no personales, sabedora de su enorme valor (jurídico y económico, o viceversa), asiste a los avances científicos y tecnológicos que se suceden de Este a Oeste del planeta, frente a los que no cabe quedarse al margen: la estrategia a desplegar para no rezagarse en esta carrera tecnológica salvaguardando a la vez derechos individuales (¿acaso no era ésto Europa...?) es tarea delicada, en un mundo regido por la revolución digital y la IA, con unos estados americanos más unidos que nunca en torno a un modelo de *privacy* distinto del europeo continental y la presión del extremo oriental del planeta.

Europa es una unión política, pero fue –y sigue siendo- antes unión *económica*, en un nuevo e inquietante contexto económico muy relacionado con el geopolítico (lucha por la hegemonía de China frente a los EE.UU., guerra con Rusia, desarrollo tecnológico de culturas colectivistas con distintos enfoques respecto de los *data* como la japonesa⁷⁷, economías emergentes como la India o los regímenes de los estados del Golfo Pérsico, etc.). Por ello, (aunque haya debate en su seno) decide desplegar todo un plan estratégico que tiene como objetivo declarado “*liberar todo el potencial de los datos de salud para mejorar la prestación de asistencia sanitaria, la investigación, la innovación y la elaboración de políticas*”, permitiéndose de este modo (lit.) “*aprovechar el potencial que ofrece el intercambio, el uso y la reutilización seguros y protegidos de los datos sanitarios*”. Enmarcado dicho objetivo, sin duda ambicioso, en la estrategia de datos, se pretende convertir a la UE en líder planetario de “*una sociedad dirigida por los datos*”: la creación de un mercado único de *data* permitirá “*que fluyan libremente por la Unión y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas*”⁷⁸.

El EEDS pretende así configurarse como un ecosistema específico en el ámbito de la salud, formado por reglas, normas y prácticas comunes, infraestructuras y un marco de gobernanza cuyo objetivo es “*empoderar a las personas para que puedan tener un mayor control y acceso digital a sus datos sanitarios personales electrónicos a escala nacional y comunitaria*”. Para ello, se apoya su libre circulación, fomentando un auténtico “mercado único” para los sistemas de historiales médicos electrónicos, los productos sanitarios pertinentes y los sistemas de IA calificados “de alto riesgo” por su potencial peligro para la vida y salud (uso primario de los datos). Por otro lado, se pretende alcanzar

⁷⁷ Vid. Ruda González (2024: 360-379 y 2021: 126-159).

⁷⁸ <https://commis-sioners.ec.europa.eu/system/files/2022-11/mission->

un marco coherente, fiable y eficiente para el uso de los datos sanitarios en actividades de investigación, innovación, formulación de políticas y reglamentación (uso secundario). Nos centraremos en este último, teniendo en cuenta que, a la fecha de cierre de este trabajo, se ha conocido el texto normativo⁷⁹ que concreta el acuerdo alcanzado por el Consejo y el Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2024 sobre la propuesta de regulación en el EEDS o EHDS, lo que anuncia su inminente aprobación.

Entre otras cuestiones que se han introducido⁸⁰, y que merecen una reflexión más reposada, se prevé que los estados miembros establezcan “*medidas más estrictas que regulen el acceso a determinados tipos de datos sensibles, como los genéticos, con fines de investigación*”. Además, se permite a los estados que establezcan marcos regulatorios que reconozcan a los pacientes el “*opt-out*” consistente en ejercer la opción de no permitir el acceso a sus datos de salud ya por parte de un profesional (uso primario) o para su uso posterior (uso secundario, bajo condiciones estrictas), si bien se exceptúa expresamente de esta posibilidad los supuestos en que los datos se traten para fines de interés público e investigación en interés público, entre otros.

En el caso de descubrimientos clínicamente significativos que puedan afectar a la salud de un paciente cuyos datos se hayan utilizado en la investigación, el “organismo de acceso a datos sanitarios” podrá informar al “titular de los datos de confianza”⁸¹, el cual deberá informar sobre tales hallazgos al paciente o al profesional sanitario que le tiene a su cargo.

La Sección Primera del Cap. IV se refiere a las “Condiciones generales relativas al uso secundario de datos sanitarios electrónicos”. De forma categórica dispone el art. 33 en su nueva redacción consensuada que los titulares de datos “*pondrán a disposición para uso secundario, entre otros, a) los datos contenidos en historiales médicos electrónicos, b) datos sobre los factores que influyen en la salud, incluidos determinantes socioeconómicos, ambientales y conductuales; b bis) datos agregados sobre las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la prestación y el acceso a la asistencia sanitaria, el gasto sanitario y la financiación (añadido), c) datos sobre patógenos que repercuten en la salud humana; d) datos*

⁷⁹ Disponible en PDF en <https://www.consilium.europa.eu/media/70909/st07553-en24.pdf>

⁸⁰ El Anexo presenta con más detalle cada uno de los espacios comunes europeos de datos específicos de cada sector y ámbito (el núm. 4 lleva por título “Espacio común europeo de datos relativos a la salud”), con una visión de conjunto de las políticas y la legislación sectoriales específicas que sustentan la creación de dichos espacios en los distintos sectores y ámbitos, y propone acciones sectoriales específicas.

⁸¹ A fin de reducir la carga administrativa podrán los estados miembros establecer “titulares de datos de confianza” que puedan tramitar de forma segura las solicitudes de acceso a datos sanitarios.

administrativos relacionados con la asistencia sanitaria, incluidos los datos sobre dispensas, reclamaciones y reembolsos e); *datos genéticos, epigenómicos y genómicos humanos; e bis) otros datos moleculares humanos, como los datos proteómicos, transcriptómicos, metabolómicos, lipidómicos y otros datos ómicos (añadido), f) datos sanitarios electrónicos generados automáticamente a través de dispositivos médicos y datos de aplicaciones de bienestar g) datos sobre la situación profesional, la especialización y la institución de los profesionales de la salud que participan en el tratamiento de una persona física (antes se refería a datos de identificación , ahora concreta más), h) registros de datos sanitarios basados en la población (registros de salud pública); i) datos de registros médicos y registros de mortalidad; j) datos de ensayos clínicos, estudios clínicos e investigaciones clínicas sujetos al Reglamento (UE) n.º 536/2014, el Reglamento (UE) 2017/745 y el Reglamento (UE) 2017/746, respectivamente; k) otros datos sanitarios procedentes de productos sanitarios; k bis) datos procedentes de los registros de medicamentos y productos sanitarios; l) *datos de cohortes de investigación, cuestionarios y encuestas relacionados con la salud, después de la primera publicación de los resultados; m) datos sanitarios procedentes de biobancos y bases de datos asociadas (...)*”*

Enumeración que se cierra con una cláusula de remisión a los derechos nacionales que, en la práctica, echa por tierra una armonización europea que, pese a la letra de las normas (e incluso el mismo título) no es sino mero *desideratum*. Y es que “*Los Estados miembros podrán disponer, en virtud de la legislación nacional, que categorías adicionales de datos sanitarios electrónicos estén disponibles para uso secundario en virtud del presente Reglamento*”.

El art. 34, por su parte, se refiere a los fines para los que pueden tratarse datos sanitarios electrónicos para uso secundario⁸². Entre ellos: “*e) la investigación científica*

⁸² El art. 35 se refiere a la prohibición del uso secundario de datos sanitarios electrónicos cuando el fin sea: “*a) tomar decisiones perjudiciales para una persona física sobre la base de sus datos sanitarios electrónicos; para ser calificadas de «decisiones», deben producir efectos jurídicos o afectar de manera igualmente significativa a dichas personas físicas; b) tomar decisiones en relación con una persona física o grupos de personas físicas para excluirlas del beneficio de un contrato de seguro o modificar sus cotizaciones y primas de seguro; c) llevar a cabo actividades de publicidad o comercialización dirigidas a profesionales sanitarios, organizaciones del sector o personas físicas; d) facilitar el acceso a los datos sanitarios electrónicos a terceros no mencionados en el permiso de datos, o ponerlos a su disposición de algún otro modo; e) desarrollar productos o servicios que puedan perjudicar a las personas y a las sociedades en general, incluidas, entre otras, las drogas ilícitas, las bebidas alcohólicas, los productos del tabaco o los bienes o servicios diseñados o modificados de manera que contravengan el orden público o la moral*”.

relacionada con el sector sanitario o asistencial”; g) el entrenamiento, la prueba y la evaluación de algoritmos, también con respecto a los productos sanitarios, los sistemas de IA y las aplicaciones sanitarias digitales, que contribuyan a la salud pública o a la seguridad social, o que garanticen niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria, de los medicamentos o de los productos sanitarios” y “h) la prestación de asistencia sanitaria personalizada consistente en evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de las personas físicas, sobre la base de los datos sanitarios de otras personas físicas”.

Se reconoce que la norma no afecta a las competencias de los estados miembros en materia de registro de datos sanitarios electrónicos personales, como el registro de datos genéticos sujetos al consentimiento de la persona física u otras garantías. Igualmente se prevé la posibilidad de que las personas físicas no quieran permitir el acceso a algunos datos de salud de sus dispositivos electrónicos personales cuando padecen problemas de salud sensibles (de salud mental o sexual, abortos, consumo de medicamentos específicos que podrían revelar temas delicados, etc.): en este caso, debe implementarse un intercambio selectivo de datos sanitarios electrónicos personales con restricciones de parte de los conjuntos de datos, como los componentes de los resúmenes de los pacientes.

Además, debido a las diferentes sensibilidades de los estados miembros en cuanto al grado de control de los pacientes sobre sus datos sanitarios, deben aquellos poder prever un derecho de oponerse⁸³ al acceso de cualquier persona -salvo el responsable del tratamiento original-. Derecho que se califica como “absoluto” no siendo tal, prueba de ello es que a continuación se prevén excepciones, que también podrán referirse a categorías específicas de datos sanitarios electrónicos personales, entre los cuales se mencionan los genéticos. No obstante, para determinados fines que tengan un fuerte vínculo con el interés público, entre otras “la investigación científica por razones importantes de interés público” (de nuevo la indeterminación: “*important reasons of*

⁸³ Este derecho de oposición significa que los datos sanitarios electrónicos personales relativos a las personas que hicieron uso de ella no estarían disponibles a través de los servicios establecidos en virtud de la EHDS más allá del proveedor de atención médica que proporcionó el tratamiento. Debe preverse un mecanismo para hacer uso de este derecho que sea comprensible, accesible y fácil de usar. Debe además proporcionarse a las personas físicas información, suficiente y completa, sobre este derecho de oposición o exclusión, incluidas sus ventajas e inconvenientes, sin poder exigirse una explicación de los motivos, pudiéndose reconsiderar esta elección en cualquier momento.

*public interest*⁸⁴”), se dice que conviene prever “la posibilidad de que los estados miembros establezcan, en relación con su contexto nacional (de nuevo, la excepción nacional, contraria a la armonización normativa perseguida), un mecanismo para facilitar el acceso a los datos de las personas físicas que hayan hecho uso de este derecho para garantizar que los conjuntos de datos completos puedan estar disponibles”. En cualquier caso, como no puede ser de otra manera, “deben respetar la esencia de los derechos y libertades fundamentales y constituir una medida necesaria y proporcionada en sociedades democráticas para satisfacer el interés público”.

IV.2. El Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos o DGA)⁸⁵

El “*Data Governance Act*” es un pilar esencial en la EEDS, que complementa lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1024 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público y el (cronológicamente posterior) Reglamento (UE) 2023/2854 (Ley de Datos o “*Data Act*”). Establece esta norma el marco jurídico para la reutilización de la información del sector público puesta a disposición como datos abiertos. Regula tres aspectos concretos de la compartición de los datos: el intercambio seguro y voluntario de datos en poder de organismos públicos sobre los que concurren derechos de terceros que dificultan su reutilización (protección de los datos de carácter personal, propiedad intelectual, confidencialidad comercial, etc.), los llamados “servicios de intermediación” entre los titulares de datos y sus potenciales usuarios y la cesión altruista de *data* por parte de empresas y ciudadanos⁸⁶. Desde el punto de vista técnico, se refuerzan las garantías frente al riesgo de reidentificación de las personas: se refuerza en caso de reutilización de datos la obligación de un “pretratamiento” de los mismos,

⁸⁴ A modo de ejemplo se afirma que “*La investigación científica por razones importantes de interés público podría incluir (...) la investigación que aborde necesidades médicas no satisfechas, incluidas las enfermedades raras, o las amenazas emergentes para la salud*”.

⁸⁵ DOCE 03/06/2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0868>

⁸⁶ La norma instituye mecanismos idénticos en toda la UE con los que impulsar el intercambio de datos: 1. Los Estados miembros están obligados a establecer un “punto único de información” donde presentar las solicitudes, a resolver en el plazo de dos meses. 2. Se establece un régimen de notificación de los proveedores de servicios de intercambio de datos, que serán neutrales, transparentes y no discriminatorios. 3. Se crean mecanismos para impulsar el altruismo de datos y facilitar voluntariamente el uso de los datos para el bien común. 4. Se crea un Comité de Expertos a nivel europeo que asesora a la Comisión: el Comité Europeo de Innovación en materia de datos.

consistente en la anonimización o seudonimización, salvo que no contengan información confidencial.

La DGA define un conjunto de normas para los proveedores de servicios de intermediación de datos a fin de garantizar el cumplimiento “fiable” de su función del intercambio o puesta en común de datos en los espacios comunes de datos. Con el fin de aumentar la confianza, el nuevo enfoque propone un modelo basado en la neutralidad y la transparencia de tales agentes intermediarios, al tiempo que pone a las personas y las empresas en el control de sus datos. El marco ofrece un modelo alternativo a las prácticas de manejo de datos de las plataformas “*Big Tech*”, con alto grado de poder de mercado por controlar grandes cantidades de datos. En la práctica, los intermediarios de datos funcionarán como terceros neutrales que conectan a individuos y empresas con usuarios: si bien pueden cobrar por el desempeño de esta función, no pueden utilizar directamente los datos que intermedian con fines financieros y deben cumplir requisitos estrictos para garantizar su neutralidad y evitar conflictos de intereses.

Esta normativa no establece nuevas obligaciones para que los organismos públicos permitan el acceso a la información y su posterior reutilización, competencia reservada a los estados, pero sí incorpora mecanismos novedosos que tienen por finalidad hacer compatibles, en la medida de lo posible, el acceso a la información con el respeto a las exigencias de confidencialidad⁸⁷. En caso de conflicto con el RGPD, se determina expresamente la prevalencia de este último. Se trata, como vemos, de un reglamento horizontal, cuyo ámbito objetivo de aplicación se extiende a todo tipo de datos, no sólo los de salud, si bien el portal web de la UE ofrece algunos ejemplos prácticos reales de cesión de datos de salud en la UE⁸⁸.

⁸⁷ En el marco de la DGA, los intermediarios de datos deberán notificar a la autoridad competente su intención de prestar dichos servicios. Esta velará por que el procedimiento de notificación no sea discriminatorio y no falsee la competencia y confirmará que el proveedor de servicios de intermediación ha presentado la notificación que contiene toda la información requerida. Recibida dicha confirmación, el intermediario puede comenzar legalmente a operar y utilizar la etiqueta «proveedor de servicios de intermediación de datos reconocido en la Unión» en su comunicación escrita y oral, así como el logotipo correspondiente. Estas autoridades también supervisarán el cumplimiento de los requisitos de intermediación de datos y la Comisión mantendrá un “Registro Central de Intermediarios de Datos”.

⁸⁸ La *web* de la UE contiene un ejemplo gráfico de cesión de datos en el ámbito de la salud: la empresa francesa DAMAE Medical está mejorando su tecnología LC-OCT (*Line-field Confocal Optical Coherence Tomography*) que da acceso a imágenes de resolución celular de microestructuras internas de la piel hasta la dermis, de forma inmediata y no invasiva con los nuevos datos de capacitación disponibles a través del Centro de Datos de Salud francés. El objetivo es mejorar la capacidad de esta tecnología para identificar los posibles signos de cáncer de piel y demarcar mejor el área de intervención quirúrgica.

IV.3. Titularidad y uso de los datos sanitarios en el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (RPD o “Ley de Datos”)⁸⁹

IV.3.1. RPD: finalidad y ámbito de aplicación

Como sucede con el reglamento regulador del EEDS, también en esta norma se explicita la voluntad política de “*hacer de la UE una referencia de sociedad dirigida por los datos*”. Igualmente por ello, y tras numerosos debates y arduas negociaciones sobre tamaña cuestión en el seno de las instituciones comunitarias, el Consejo y los representantes del Parlamento Europeo han alcanzado un acuerdo sobre un nuevo Reglamento que ya en el título, pretende dar a entender la consecución de un consenso (que no es tal) sobre un marco común de “*normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización*”. Normativa, como las anteriores, de aplicación general y directa en todos los estados miembros (salvo, nuevamente, las consabidas excepciones), que será aplicable a partir del 12 de septiembre de 2025⁹⁰, que es conocida en este maremágnum de leyes como “Reglamento de Datos” o “Ley de Datos” (en adelante RPD)⁹¹. Recordamos que, ya en 2016, el RGPD establecía la prohibición general del tratamiento de los datos de categorías especiales⁹², entre los que se encuentran los datos de salud y los datos genéticos, entre otros (art. 9.1), si bien la lista y entidad de las excepciones parecen revertir este carácter para convertirlas, en la práctica, en regla general.

El espíritu que inspira el nuevo RPD y que justifica su finalidad y contenido se deduce de la lectura del art. 1⁹³ y de varios de sus considerandos: el desarrollo de la

⁸⁹DO L de 22.12.2023. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854

⁹⁰ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854

⁹¹ Adoptado el 27 de noviembre por el Consejo. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-49-2023-INIT/es/pdf>

⁹² A los efectos de esta norma, “*se entenderá por: 1) «datos»: cualquier representación digital de actos, hechos o información y cualquier compilación de tales actos, hechos o información, incluso en forma de grabación sonora, visual o audiovisual; 2) «metadatos»: una descripción estructurada del contenido o de la utilización de los datos que facilita la búsqueda o la utilización de esos datos; 3) «datos personales»: los datos personales tal como se definen en el artículo 4, punto 1, del Reglamento (UE) 2016/679; 4) «datos no personales»: aquellos que no sean datos personales”.*

⁹³“*Artículo 1 Objeto y ámbito de aplicación 1. El presente Reglamento establece normas armonizadas sobre lo siguiente, entre otros: a) la puesta a disposición de datos de productos y de datos de servicios relacionados en favor de los usuarios del producto conectado o servicio relacionado; b) la puesta a disposición de datos por parte de los titulares de datos en favor de los destinatarios de datos; c) la puesta a disposición de datos por parte de los titulares de datos en favor de los organismos del sector público, la Comisión, el BCE y los organismos de la Unión, cuando exista una necesidad excepcional de disponer de dichos datos para el desempeño de alguna tarea específica realizada en interés público; d) la facilitación del cambio entre servicios de tratamiento de datos; e) la introducción de salvaguardias contra el acceso*

economía digital requiere la remoción de obstáculos, por lo que se debe establecer un marco que permita determinar quién se considera titular de los datos, quién es usuario de los mismos y quién, de qué modo y con qué garantías puede utilizar los datos de otros y bajo qué presupuestos, en el marco de unas reglas armonizadas (al menos, con carácter general) que proporcionen un mínimo de seguridad jurídica. El RGD viene así a cerrar el marco normativo constituido por el RGPD, la Ley de Gobernanza de Datos (DGA) y la Directiva 2002/58/CE (pendiente aún de aprobación el reglamento que regula el EEDS), entendiendo el legislador comunitario que dicha normativa salvaguarda suficientemente el derecho fundamental a la protección de los datos personales (así se deduce del C. 7). Todo tratamiento de datos personales bajo la norma “*debe cumplir el Derecho de la Unión en materia de protección de datos, incluido el requisito de una base jurídica válida para el tratamiento con arreglo al art. 6 del Reglamento (UE) 2016/679 y, cuando proceda, las condiciones del art. 9 y del art. 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE*”⁹⁴.

En la materia que nos ocupa, si bien no se contienen bases habilitadoras distintas de las previstas en el RGPD, su importancia viene dada por imponerse a los titulares de datos⁹⁵, en términos imperativos y de forma explícita, “*la obligación de poner los datos personales a disposición de los usuarios*”⁹⁶ (...). Un tratamiento⁹⁷ de datos es ilícito si no concurre alguna de las bases del art.6 RGPD: consentimiento, necesidad para la ejecución de un contrato, protección de intereses vitales del interesado⁹⁸ o de otra persona física,

ilícito de terceros a los datos no personales, y f) el desarrollo de normas de interoperabilidad para el acceso, la transferencia y la utilización de datos”.

⁹⁴El párrafo final del art. 1.5 RPD establece que “*En caso de conflicto entre el presente Reglamento y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales o de la intimidad, o la normativa nacional adoptada de conformidad con el Derecho de la Unión en la materia, prevalecerá el Derecho aplicable de la Unión o nacional en materia de protección de datos personales o de la intimidad*”.

También se entiende “*sin perjuicio de los actos jurídicos de la Unión y nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual incluidas las Directivas 2001/29/CE, 2004/48/CE y (UE) 2019/790*”.

⁹⁵En el apartado de definiciones del art. 2 RPD, se entiende por «titular de datos» una persona física o jurídica que tiene el derecho o la obligación, (...) de utilizar y poner a disposición datos, incluidos, cuando se haya pactado contractualmente, los datos del producto o los datos de servicios relacionados que haya extraído o generado durante la prestación de un servicio relacionado. Cuando se trata de datos de salud, el responsable del tratamiento de datos de salud es quien decide acerca de qué datos se van a obtener, con qué fines se van a tratar y con qué medios se van a gestionar y proteger, pudiendo serlo tanto una entidad pública como privada o un profesional a título individual. Vid. <https://www.aepd.es/guias/guia-profesionales-sector-sanitario.pdf>

⁹⁶ «Usuario» en el sentido del RPD es “una persona física o jurídica que posee un producto conectado o a la que se le han transferido por contrato derechos temporales de uso de dicho producto conectado, o que recibe servicios relacionados”.

⁹⁷Se entenderá por tratamiento» “*toda operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos o conjuntos de datos, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, divulgación por transmisión, difusión o cualquier otro medio de puesta a disposición, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción*”.

⁹⁸ El «interesado» a efectos del RPD es el interesado del art. 4, punto 1 del RGPD.

cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, o satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero.

Acertadamente se regula en los arts. 13 y 14 un derecho a la información que está vinculado a las medidas a adoptarse para garantizar los derechos individuales: sólo si la persona está debida y adecuadamente informada podrá ejercitar los derechos de acceso o portabilidad, oposición, rectificación o supresión (derecho al olvido) reconocidos en la norma⁹⁹.

IV.3.2. Cuestiones relativas al uso y tratamiento de datos personales de salud para fines de investigación

Por fin ha visto la luz un texto normativo tan urgente como esperado y cuya tramitación en seno de las instituciones comunitarias ha sido larga y compleja, sin duda por los intereses implicados: sin caer en la exageración, puede afirmarse que, pese a su denominación y pretendida finalidad (armonizar la normativa existente -esto es, poner orden en el desorden-), de hecho ha venido a añadir nuevas dosis de incertidumbre. Un análisis crítico-valorativo de esta reciente norma excedería de los límites y posibilidades de este trabajo, cerrado a pocos días de su publicación en el DOCE. No obstante, daremos cuenta, en los siguientes epígrafes, de alguno de sus principales aspectos regulatorios en lo que se refiere al uso secundario de datos de salud para fines de investigación, especialmente relevante para el desarrollo y avance de la Med Per.

A. ¿Quid de la pretendida armonización normativa en materia de datos?

La regulación del uso de “datos de salud” para investigación (el RPD hace referencia de forma más concreta a “datos sanitarios”) se ha enfrentado en la realidad a múltiples obstáculos prácticos. Ello ha conducido a establecer un marco normativo con pretensiones de armonización pero fragmentado, disperso y criticable en algunos aspectos. Son varias las razones: no se parte de una realidad uniforme en los distintos estados miembros (véase

⁹⁹ Sobre el derecho de supresión en lo referente al denominado derecho al olvido oncológico, en opinión de Egusquiza Balmaseda (2021) “marca, ponderando los intereses en juego, el límite legal al tratamiento de los datos de salud sobre el cáncer. Delimita los datos que, en tal caso, son adecuados, pertinentes y lícitos para ser procesados cuando se lleva a cabo una contratación, fijando los contornos del principio de minimización de las informaciones de salud personales -art. 5.1.c) RGPD- y de licitud en su tratamiento -art. 6.1.b) RGPD-”.

lo expuesto *ut supra*), ni tampoco de marcos referenciales de principios y normas que permitan siquiera una mínima armonización, cuya consecución en la práctica se anticipa complicada y más lenta de lo deseable. El consentimiento como base de legitimación continúa (y continuará, a nuestro juicio) siendo habitual en la mayoría de ordenamientos, no sólo por inercia al pasado y por permitirlo la invocada “excepción nacional”, sino también por lo que representa el consentimiento en sistemas, como el nuestro, fundamentados en el reconocimiento de derechos de la personalidad¹⁰⁰ con origen y razón de ser en la dignidad personal (art. 10.1 CE), merecedores de una protección reforzada (art. 18.4 CE). También son notables las diferencias en cuanto al sistema de garantías y salvaguardias, lo que hace difícil en muchos aspectos el diseño de un mínimo común denominador¹⁰¹. Pues bien: el marco regulatorio contenido en el reciente RPD obedece a un plan estratégico de ordenación del uso y tratamiento de los datos presidido por una *misión* (el aprovechamiento de los –ingentes- beneficios económicos de los *data*) y una *finalidad* (la asignación de los derechos económicos derivados de los mismos¹⁰²). La perspectiva de horizontalidad adoptada al regular el marco de garantías no es a nuestro entender adecuada, pues no permite abordar los problemas que se presentan en cada ámbito singular: no son lo mismo los datos de salud de las personas que los que se ceden para finalidades comerciales, o los datos a la defensa nacional, por ejemplo. Como también deben distinguirse dentro de aquéllos los datos derivados de dispositivos sanitarios de los obtenidos de aplicaciones de bienestar, pues difiere completamente el nivel de garantía y de seguridad que ofrecen a tenor de la normativa vigente.

B. De las bases de legitimación del tratamiento de datos personales distintas del consentimiento a la imposición (en determinados casos) a los titulares del deber de

¹⁰⁰ “Ninguna disposición (...) debe aplicarse o interpretarse de manera que se reduzca o limite el derecho a la protección de los datos personales o el derecho a la privacidad y la confidencialidad de las comunicaciones”.

¹⁰¹ Vid en este sentido el “DG Health and Food Safety, Assessment of the EU Member States’ rules on health data in the light of GDPR”, EU, 2021, p. 58, disponible en: https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-02/ms_rules_health-data_en_0.pdf

¹⁰² El enfoque es claramente economicista y se acerca a los ordenamientos jurídicos que regulan transacciones de ejecución descentralizada DLT, que contienen la información en bloques cifrados de datos personales (cadena de bloques o *blockchain*). Como reza el C.6, con el fin de aprovechar los importantes beneficios económicos de los datos, también mediante el intercambio de datos sobre la base de acuerdos voluntarios y el desarrollo por las empresas de la Unión de la creación de valor impulsado por los datos, es preferible adoptar un enfoque general para asignar derechos en materia de acceso y utilización de datos frente a la concesión de derechos exclusivos de acceso y utilización.

puesta a disposición de los datos, previa petición del usuario, por el procedimiento y con las garantías previstas.

Si bien no constituye una base jurídica para la recogida o generación de datos personales por parte del titular (para eso está el RGPD), en el reciente reglamento de datos se “*impone a los titulares de datos la obligación de poner los datos personales a disposición de los usuarios o de los terceros elegidos por el usuario, previa petición de dicho usuario*” y de nuevo vuelve a remitir en el aspecto sustantivo y en el procedimental: “*basándose en cualquiera de las bases jurídicas mencionadas en el art. 6 del Reglamento (UE) 2016/679*” y por el procedimiento establecido.

Su Capítulo V regula por vez primera en términos imperativos la *obligación* de poner a disposición datos en razón de una necesidad excepcional: “*Cuando un organismo del sector público¹⁰³, la Comisión, el BCE o un organismo de la Unión¹⁰⁴ demuestre una necesidad excepcional, (...) de utilizar determinados datos, incluidos los metadatos pertinentes(...) los titulares de datos que sean personas jurídicas, distintos de organismos del sector público, que posean dichos datos los pondrán a disposición previa solicitud debidamente motivada*”¹⁰⁵ (art. 14).

En el ámbito de los fines de investigación para los que se solicita el tratamiento de los datos personales de salud que son objeto de este trabajo, se entiende que “*Las organizaciones que realizan actividades de investigación y las organizaciones que financian la investigación también se pueden organizar como organismos del sector público u organismos de Derecho público*”. Las personas físicas que lleven a cabo actividades de investigación o las organizaciones de investigación con las que puedan compartirse esos *data* deben actuar sin ánimo de lucro o, en el caso de que se trate de empresas mercantiles u organizaciones lucrativas, “*en el contexto de una misión de interés público reconocida por el Estado*”. No se concreta lo que debe entenderse por tal “*misión*” (distinto de *finalidad*) de “*interés público*” (nótese que se ha optado por no utilizar el concepto de “*interés general*”, más amplio). En cualquier caso, expresamente se excluyen como “*organizaciones de investigación a efectos del RPD*” (lo que anticipa no pocas críticas) “*las organizaciones en las que las empresas comerciales tengan una*

¹⁰³ «Organismo del sector público» se consideran a efectos de la norma las autoridades nacionales, regionales o locales de los Estados miembros y las entidades de derecho público o las asociaciones constituidas por una o más de dichas autoridades o por una o más de dichas entidades.

¹⁰⁴ «Organismos de la Unión» son, a efectos del RPD, los órganos y organismos de la Unión establecidos en virtud de actos adoptados sobre la base del TUE, del TFUE o del Tratado de la EURATOM.

¹⁰⁵ Véase el alcance y los presupuestos de apreciación de dicha “necesidad excepcional” en los art. 15 y 16 RPD.

influencia importante”, capacidad de poder, en definitiva, si bien entendida de un modo un tanto ambiguo como aquella que “*que les permita ejercer un control debido a situaciones estructurales que podría dar lugar a un acceso preferente a los resultados de la investigación*”.

Una vez más en materias directamente conectadas con el poder de grupos de interés y los intereses estratégicos de los estados, el legislador comunitario no tiene más remedio que hacer uso de redacción deliberadamente ambigua: el continuo empleo de conceptos indeterminados (“*influencia importante*”), términos probabilísticos (“*en la medida de lo posible*”) y tiempos verbales condicionales (“*podría*” dar lugar a un acceso preferente a los datos) parece ser el resultado final de largas negociaciones sobre una materia que implica intereses económicos y geopolíticos de primera magnitud.

El texto aprobado es el que es, pudiéndonos parecer más o menos acertado: lo que resulta incuestionable es que la calculada ambigüedad de sus preceptos es la contrapartida a satisfacer por su relativamente rápida aprobación, en una Europa amenazada a varios niveles y en un contexto histórico que demanda de la Unión en esta materia un posicionamiento urgente.

C. Medidas de salvaguarda de derechos individuales

En cuanto a las medidas técnicas y organizativas de salvaguarda cuando el tratamiento de datos personales implique “*riesgos significativos*” para los derechos fundamentales de las personas (una vez más, un concepto altamente indeterminado), se limita el RPD a recordar la importancia de los principios de minimización y protección de datos desde el diseño y por defecto del RPDP, que considera “*esenciales*”. Más adelante concreta la necesidad de que “*todas las partes en el intercambio de datos, incluso el intercambio de datos, deben aplicar medidas¹⁰⁶ técnicas y organizativas para proteger esos derechos*”.

¹⁰⁶Medidas a las que la norma comunitaria se refiere de forma excesivamente genérica, incluso ambigua, al afirmar que incluyen no solo la seudonimización y el cifrado sino también “*el uso de una tecnología cada vez más disponible que permita llevar los algoritmos a los datos y obtener información valiosa sin que sea necesaria la transmisión entre las partes ni la copia superflua de los datos brutos o estructurados*”. La norma plantea, entre otras cuestiones, las siguientes: ¿a qué hace referencia con el empleo de los términos *cifrado y algoritmo*?; ¿se comprenden a las tecnologías descentralizadas de ejecución o DLT, que permiten transacciones descentralizadas en bloques de datos codificados instrumentadas a través de “*Smart contracts*” a las que la norma por vez primera en la UE dedica un capítulo...? En cualquier caso, se añade, “*deben respetarse el Derecho, los valores y las normas de la Unión en cuanto a la seguridad, la protección de los datos y de la privacidad, y la protección de los consumidores, entre otros aspectos*” (ello es evidente). Y, a fin de evitar el acceso ilícito de las administraciones públicas a datos no personales por parte de las autoridades de terceros países, los proveedores de servicios de tratamiento de datos como los servicios en

D. Aplicación y ejecución del RPD: autoridades de supervisión

El Cap. IX, relativo a la aplicación y ejecución del RPD, regula en su art. 37 las autoridades competentes y coordinadores de datos, designadas por cada estado (una o varias): “Las autoridades de control responsables de supervisar la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 tendrán la responsabilidad de supervisar la aplicación del presente Reglamento en lo que respecta a la protección de los datos personales. Se aplicarán *mutatis mutandis* los capítulos VI y VII del Reglamento (UE) 2016/679 (...”).

A más tardar el 12 de septiembre de 2028, la Comisión deberá realizar la evaluación de una norma que no va a ser inmune a la crítica pero cuya trascendencia en los planos científico, económico y geopolítico inaugura, no cabe duda, una nueva era.

Bibliografía

- ALARCÓN SEVILLA, V. (2018): "Actualización de la normativa de protección de datos en materia de sanidad: Su incidencia en salud pública e investigación de enfermedades" en ANDREU MARTÍNEZ, M. B.; SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R. *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALONSO SANCHEZ, A. M. (2024). “Cap. 7 “Los datos de salud en el marco de la medicina personalizada: perspectiva médica”, LUQUIN BERGARECHE, R (Dir.). *Servicios privados de telemedicina y salud digital: desafíos e implicaciones jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁNGELES CASTELLANOS, M.; ESCOBAR, C. (2016). “Medicina traslacional”. *Revista de la Facultad de Medicina UNAM*, vol. 59, nº 2.
- BECKER, R, *et. al.* (2022). ‘Covid-19 Research: Navigating the European General Data Protection Regulation’, *Journal of Medical Internet Research*, vol. 22, nº 8 (<https://www.jmir.org/2020/8/e19799>)
- BURKE, W.; BESKOW, L.; TRINIDAD, S.; *et. al.* (2018). “Infomed consent in translational Genomics: Insufficient Without Trustworthy Governance”. *The*

la nube y en el borde deben adoptar “*todas las medidas razonables*” (de nuevo un concepto jurídico indeterminado) para impedir el acceso a los sistemas en los que se almacenen datos no personales, incluso, cuando proceda, mediante el cifrado de datos, el sometimiento frecuente a auditorías, el respeto verificado de los pertinentes sistemas de certificación de garantías de seguridad y la modificación de las políticas de empresa.

- Journal of Law, Medicine & Ethics*, Boston: American Society of Law, Medicine and Ethics, Vol. 46, nº 1.
- COBAS COBIELLA, M.E y PÉREZ COBAS, A.E. (2023). “Medicina personalizada: retos para el Derecho”, en GIL MEMBRADO, C. (Dir.) *Derecho y Medicina: Desafíos Tecnológicos y Científicos*, Dykinson, Madrid.
- COBAS COBIELLA, M.E. (2021). “Nuevo paradigma de la autonomía de la voluntad frente a la e-salud”, en GIL MEMBRADO, C. (Dir.) *E-Salud, Autonomía y Datos Clínicos: un nuevo paradigma*. Dykinson, Madrid.
- COBAS COBIELLA, M.E. (2020). “Los datos de salud en la era digital: planteando algunas ideas”, en RAMON FERNANDEZ, F. (Coord.), *Marco Jurídico de la Ciencia de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUSÍ SÁNCHEZ, V. (2015). “Consentimiento informado dinámico versus consentimiento amplio en biobancos”. *Bioética & Debat*, 2015; 21(74): 14-19.
- DE MIGUEL BERIAIN, I. (2023). “El uso de datos de salud para investigación biomédica a la luz de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 60, mayo de 2023.
- DE MIGUEL BERIAIN, Í. DUARDO SÁNCHEZ, A., y CASTILLO PARRILLA, J.A. (2021). «What Can We Do with the Data of Deceased People? A Normative Proposal», *European Review of Private Law*, V. 29, 5.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2024). “El nuevo Reglamento (UE) 2023/2854 de Datos”, *La Ley Unión Europea*, núm. 121, enero 2024.
- DÍAZ-RUBIO, E. (2010). “La investigación traslacional en la oncología clínica: retos y oportunidades”, *Farmacia Hospitalaria*, 2010; 34 (Suplemento1):1-7.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. (2021). “Olvido oncológico: protección de datos de salud y no discriminación”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Nº18 y 19, Época II.
- GARCÍA-BLANCH SANZ DE ANDINO, L. (2023). “Protección de datos en investigación clínica ¿pseudonimización o anonimización?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 58, junio de 2023.
- GARCÍA, R. (2018). “El Reglamento General de Protección de Datos y su aplicación en el ámbito sanitario”. *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud [en línea]*. Madrid: Sociedad Informática de la Salud, nº 127, 2018.

- JORQUI AZOFRA, M. (2023). “El Espacio Europeo de Datos y algunas cuestiones relativas a la licitud del uso secundario de los datos sanitarios”, en *Servicios Privados de Telemedicina y Salud Digital: desafíos e implicaciones jurídicas* (LUQUIN BERGARECHE, R. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.
- LECUONA, I. (2018). “Evaluación de los aspectos metodológicos, éticos, legales y sociales de proyectos de investigación en salud con datos masivos (Big Data)”. *Gaceta Sanitaria [en línea]*, Núm. 6, Vol. 32.
- MARTÍN URANGA, A. (2017). “El nuevo RPD: una oportunidad para avanzar en la investigación biomédica con las garantías adecuadas para los pacientes”. *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, núm. 122 (abril 2017).
- MARTÍN URANGA, A. (2021). “Protección de datos y fomento de la investigación científica: la necesidad de un equilibrio adecuado (Comentario al artículo 9.2.j) RGPD”, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales / A. Troncoso Reigada (Dir.), J. J. González Rivas (Pr.)*, Vol. 1.
- MARTINEZ VELENCOSO, L. (2022). “Consentimiento en el tratamiento de datos genéticos y datos de salud con fines de investigación (Hacia un modelo de consentimiento amplio en el ámbito del Big Data)”, en RAMON FERNANDEZ, F. (Dir.). *Los nuevos retos de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIRALLES LÓPEZ, R. (2017). “Desvinculando datos personales: seudonimización, desidentificación y anonimización. *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud [en línea]*. Madrid: Sociedad Informática de la Salud, nº 122, abril 2017.
- MOSTERT, M.; BREDENOORD, A. L.; SLOOT, B. & VAN DELDEN, J.M. (2018). “From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research”. *European Journal of Health Law [en línea]*. Holanda: Brill, V. 25, nº 1.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L. (2014). “La protección de la información genética”. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*. Leioa: UPV/EHU y Dykinson, nº Extra 1, 2014.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P. (2019.a). “Los derechos sobre los datos utilizados con fines de investigación biomédica ante los nuevos escenarios tecnológicos y científicos”, *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm. extra 1, 2019 (*Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios*

- tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas*) (pp. 129 a 167).
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P. (2019.b). "Investigación biomédica y big data sanitarios" en TRONCOSO REIGADA, A. (Coord.). *Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Thomson Reuters, Cizur Menor.
- OCHOA-MAZARRO, D. (2024). "La medicina personalizada: ¿metaverso o realidad?", *Rev. Soc. Esp. Dolor*, vol. 30, nº 2, Madrid, 2023. Publicado *on-line* el 5 de febrero de 2024.
- PARRA CALDERÓN, C.L. (2017). "Big data en sanidad en España: la oportunidad de una estrategia nacional", *Gaceta Sanitaria [en línea]*. Vol. 30, nº 1, enero-febrero 2017.
- O'DOHERTY, KC., et al. (2021). "Towards better governance of human genomic data", *Nature Genetics*, vol. 53, nº. 1.
- QUINN, P.; QUINN, L. (2018). "Big genetic data and its big data protection challenges", *Computer Law & Security Review [en línea]*. Londres: Elsevier, Vol. 34, issue 5.
- RECUERO LINARES, M. (2019). «La investigación científica con datos personales genéticos y datos relativos a la salud: perspectiva europea ante el desafío globalizado». AEPD. Madrid, 20 de noviembre de 2019.
- RODRÍGUEZ WEBER, F.L. y RAMÍREZ ARIAS, J.L. (2022). "Medicina personalizada, individualizada, de precisión y centrada en el paciente; diferencias o sinónimos. Su importancia", *Acta Médica Grupo Ángeles*, vol. 20, nº 1, México, enero / marzo 2022.
- ROMEO CASABONA, C.M. (1997). "Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles", *Seminario Conjunto sobre Información y Documentación Clínica*, Madrid, CGPJ y Ministerio Sanidad, VI (pp. 305-360).
- RUDA GONZÁLEZ, A. (2024). "*E-Health Big Data: Perspectiva Comparada (Cataluña-Japón)*", en LUQUIN BERGARECHE, R. (Dir.). *Servicios privados de telemedicina y salud digital: desafíos e implicaciones jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RUDA GONZÁLEZ, A. (2021). "Legal and Ethical Implications of eHealth Big Data— A Comparative Perspective between Japan and Catalonia", en LÓPEZ

RODRÍGUEZ, A.M / M. D. GREEN / M^a LUBOMIRA KUBICA (eds.), *Legal Challenges in the New Digital Age*, Leiden (etc.), Brill.

“NUEVAS” AYUDAS A LA NAVEGACIÓN Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN MARINA*

“New” navigational aids and the maritime pollution liability regime

CIARA VICENTE MAMPEL

vicentec@uji.es

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil
Instituto de Derecho del Transporte (IDT)
Universitat Jaume I de Castellón

Cómo citar / Citation

Vicente Mampel, C. (2024).

«Nuevas» ayudas a la navegación y el régimen de responsabilidad civil por contaminación marina

Cuadernos de Derecho Privado, 8, pp. 116-154

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.58>

(Recepción: 26/02/2024; aceptación: 29/04/2024; publicación: 30/04/2024)

Resumen

La aparición de nuevos sistemas de ayuda a la navegación como consecuencia de la innovación y el desarrollo tecnológico en el sector marítimo puede afectar también al régimen de responsabilidad civil por daños por contaminación marítima. Y es que el propietario o armador deja de responder cuando los daños se deban a una actuación negligente o lesiva del Gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de dicha función. Tras un somero análisis del marco normativo aplicable, el presente trabajo aborda la posible problemática que podría derivarse al invocar esta causa de exoneración de responsabilidad, dada la necesidad de interpretar el término en inglés «*navigational aids*» contenido en los convenios internacionales conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicado.

Palabras clave

Responsabilidad civil, daños por contaminación, hidrocarburos, ayudas a la navegación, exoneración de responsabilidad.

Abstract

The emergence of new navigational aids as a result of innovation and technological development in the maritime sector may also affect the civil liability regime for maritime pollution damage. The owner or shipowner is no longer liable when the damage is due to a negligent or harmful action by the Government or authority responsible for the maintenance of lights or other navigational aids in the exercise of that function. After a

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización: nuevas soluciones en materia de responsabilidad y competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. PID2019-107204GB-C33). Investigadores responsables: M.^a V. Petit Lavall y A. Puetz.

brief analysis of the applicable regulatory framework, this paper addresses the possible problems that could arise when invoking this ground for exoneration from liability, given the need to interpret the term «navigational aids» contained in the international conventions in accordance with the social reality of the time in which it is to be applied.

Keywords

Civil liability, pollution damage, oil, navigational aids, aids to navigation, grounds for liability.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS POR CONTAMINACIÓN MARÍTIMA. II.1. Marco normativo. II.2. Ámbito de aplicación. II.3. Régimen de responsabilidad. II.3.1. Consideraciones previas. II.3.2. Sujetos responsables. II.3.3. Limitación de responsabilidad. II.3.4. Fundamento de la responsabilidad. II.3.5. Daños resarcibles. III. “NUEVAS” AYUDAS A LA NAVEGACIÓN Y LA APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DE ESTA CAUSA DE EXONERACIÓN. III.1. Consideraciones previas. III.2. «Aids to navigation» vs. «navigational aids». III.2.1. Problemas de interpretación. III.2.2. Una interpretación conforme a la realidad actual. III.3. Relación de causalidad y problemas de causalidad concurrente. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

Las señales marítimas y las ayudas a la navegación asumen un papel de suma importancia en la industria, dada su vinculación con la organización del tráfico y la prevención de accidentes. Al ser la navegación una actividad que conlleva riesgos significativos, el recurso a estos sistemas resulta primordial para garantizar que la seguridad no se vea comprometida. Precisamente de esa necesidad deriva la constante preocupación por la existencia de un adecuado sistema que alcance el mismo nivel de desarrollo en todos los países, esto es, una armonización y coordinación a nivel mundial de las señales marítimas y otras ayudas a la navegación. Y esta labor se encomienda desde 1995 a la Asociación Internacional de Ayudas a la Navegación y Autoridades de Faros (IALA, por sus siglas en inglés)¹, que ha venido asumiendo un papel cada vez más importante por la incidencia que las tecnologías disruptivas han tenido en el sector.

¹ La IALA fue creada el 1 de julio de 1955, tras una conferencia de autoridades nacionales de faros celebrada en *Scheveningen* (Países Bajos), con el objeto general de agrupar los servicios de señalización marítima de todos los países para estudiar cuestiones técnicas de interés general a fin de mejorar y armonizar las ayudas a la navegación marítima. En la actualidad, reviste el carácter de organización intergubernamental y reúne más de ochenta autoridades nacionales de servicios de ayudas a la navegación de distintos países, entre ellos España, junto con otros miembros de distinta categoría, como fabricantes y distribuidores de equipos

En efecto, la innovación y el desarrollo tecnológico han dado lugar a la aparición de nuevas señales y otras ayudas a la navegación destinadas a garantizar una navegación más eficiente y segura. Se trata, en particular, de aquellas que posibilitan el uso de las tecnologías de la información como medio de comunicación a bordo del buque, que van más allá de los tradicionales faros, boyas y balizas, pero también de otras señales marítimas encargadas solo de proporcionar conocimiento sobre la posición de los buques. Así, por ejemplo, no es desconocida la introducción del radar², como tampoco lo es el sistema mundial de navegación por satélite (GNSS)³, las cartas náuticas electrónicas (ENC) y el sistema de información y visualización de cartas electrónicas (ECDIS), o el sistema de identificación automática (AIS)⁴. Se trata, en definitiva, de nuevos —o ya no tan nuevos— sistemas de ayuda a la navegación marítima que se enmarcan en el contexto de lo que se ha venido categorizando como *E-navigation* o Navegación electrónica, definida por la Organización Marítima Internacional (IMO, por sus siglas en inglés) como «[t]he harmonized collection, integration, exchange, presentation and analysis of marine

de ayudas a la navegación, centros de investigación y empresas consultoras. Vid. IALA, «Annual Report», 2021, p. 8, <https://indd.adobe.com/view/534fbac6-6d56-40f1-8788-adc1c5124b70> (05.04.2024).

² Esto es, siguiendo la entrada correspondiente del Diccionario de la IALA [<https://www.iala-aism.org/wiki/dictionary/index.php/Radar> (05.04.2024)], «[a] radio determination system which measures distance and usually direction by a comparison of reference signals with the radio signals reflected or retransmitted from the object whose position is to be determined». Su finalidad es ayudar a la navegación segura y evitar abordajes, proporcionando una indicación, en relación con el propio buque, de la posición de otras embarcaciones de superficie, obstrucciones y peligros, objetos de navegación y líneas de costa. Para ello, proporciona la integración y visualización de vídeo radar, información de seguimiento de objetivos, datos derivados de la posición del buque y datos georreferenciados. Vid. IMO Resolution MSC.192(79), adopted on 6 December 2004, Annex 34. *Adoption of the revised performance standards for radar equipment*, p. 3, [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/MSCResolutions/MSR.192\(79\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/MSCResolutions/MSR.192(79).pdf) (05.04.2024).

³ Definido por la IALA como «[a] world-wide position, time and velocity radio determination system comprising space, ground and user segments» [[https://www.iala-aism.org/wiki/dictionary/index.php/Global_Navigation_Satellite_System_\(GNSS\)](https://www.iala-aism.org/wiki/dictionary/index.php/Global_Navigation_Satellite_System_(GNSS))] (05.04.2024). Se trata de un sistema de satélites que proporciona una capacidad mundial de determinación de la posición, el tiempo y la velocidad para uso multimodal, que incluye receptores de usuario, una o más constelaciones de satélites, segmentos terrestres y una organización de control con instalaciones para supervisar y controlar la conformidad mundial de las señales procesadas por los receptores de usuario con unas normas de rendimiento operativo predeterminadas. Vid. IMO Resolution A.860(20) adopted on 27 November 1997, *Maritime Policy for a future global navigation satellite system (GNSS)*, [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/AssemblyDocuments/A.860\(20\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/AssemblyDocuments/A.860(20).pdf) (05.04.2024).

⁴ Esto es, «[a] ship and shore-based data broadcast system, operating in the VHF maritime band» [[https://www.iala-aism.org/wiki/dictionary/index.php/Automatic_Identification_System_\(AIS\)](https://www.iala-aism.org/wiki/dictionary/index.php/Automatic_Identification_System_(AIS))] (05.04.2024), diseñado para poder proporcionar automáticamente a otros buques y a las autoridades costeras información sobre la posición, la identificación y otros datos del buque. Vid. IMO Resolution MSC.74(69) adopted on 12 May 1998, Annex 12. *Adoption of new and amended performance standards, MSC 68/22/Add.1*, [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Safety/Documents/AIS/Resolution%20MSC.74\(69\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Safety/Documents/AIS/Resolution%20MSC.74(69).pdf) (05.04.2024).

*information on board and ashore by electronic means to enhance berth to berth navigation and related services for safety and security at sea and protection of the marine environment»*⁵. Persigue, pues, la armonización del conjunto de sistemas de navegación marítima y de los servicios de apoyo en tierra destinados a proporcionar información e infraestructuras digitales en beneficio de la eficiencia y seguridad marítima, incluida la protección del medio ambiente marino.

Pues bien, al margen de los problemas regulatorios que pueden surgir, tendentes en su mayoría a introducir unos estándares mínimos de obligado cumplimiento para los operadores del sector, adquieren especial relevancia las dudas que se plantean en relación con los accidentes y la seguridad asociada con el uso de estos y otros sistemas de ayuda a la navegación. Se trata, en efecto, de factores que han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del propietario del buque (según el Derecho uniforme) o de su armador (según el Derecho interno) por la contaminación del medio marino. Y es que tal responsabilidad decae cuando el siniestro sea imputable exclusivamente a la actuación u omisión de un Gobierno o de una autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación. En este contexto, el presente trabajo, tras abordar el régimen de responsabilidad por daños por contaminación del medio marino, tiene por objeto analizar la aplicación en la práctica de esta causa de exoneración, con especial referencia a la necesidad de interpretar el término en inglés «*navigational aids*» contenido en el Derecho uniforme conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicado (art. 3.1 CC).

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS POR CONTAMINACIÓN MARÍTIMA

II.1. Marco normativo

La necesidad de garantizar la seguridad marítima y prevención de la contaminación del medio marino ha comportado que a nivel internacional se haya promulgado un marco normativo uniforme, extenso y complejo, que es seguido por la legislación de la UE, así como por nuestro Derecho interno. Centrándonos en aquellas normas con una vertiente

⁵ IMO, *Strategy for the development and implementation of E-Navigation* (MSC 85/26/Add.1, Annex 20), <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Safety/Documents/enavigation/MSC%2085%20-%20annex%2020%20-%20Strategy%20for%20the%20development%20and%20implementation%20of%20e-nav.pdf> (05.04.2024).

reparadora en materia de contaminación marítima⁶, a nivel internacional destacan aquellos instrumentos desarrollados en el seno de la OMI que tienen por objeto el establecimiento de un sistema de imputación de responsabilidad por los daños que aquella provoca y que surgieron como consecuencia del acaecimiento de distintos accidentes que pusieron de manifiesto la inadecuación del Derecho entonces vigente⁷.

Se trata, en particular, de los Convenios Internacionales sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (en adelante, CLC) y de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación por Hidrocarburos (en adelante, Convenio FUND), hechos en Bruselas los días 29 de noviembre de 1969⁸ y 18 de diciembre de 1971⁹, respectivamente, en sus versiones dadas por los Protocolos de 1992, hechos en Londres el 27 de noviembre¹⁰; y del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a Contaminación por los Hidrocarburos para Combustible de Buques, hecho en Londres el 23 de marzo de 2001 (en adelante, Convenio BUNKERS 2001)¹¹.

⁶ La seguridad marítima requiere la prevención de la contaminación del medio marino y, por tanto, de los accidentes marítimos. Para ello, es necesario no solo el establecimiento de normas uniformes que garanticen la seguridad de los buques, sino también de otras que, con una finalidad reparadora, garanticen el pleno resarcimiento de los daños causados por la contaminación marítima, una vez que ya se ha producido. *Cfr.*, ARROYO MARTÍNEZ (2015: 760-761); TSIMPLIS (2021: 404-406). Sobre el marco legislativo internacional en materia de protección del medio marino, en detalle, BERLINGIERI (2015).

⁷ El origen de las normas uniformes de responsabilidad por los daños resultantes del transporte de sustancias especialmente contaminantes, en concreto, hidrocarburos, se sitúa en el accidente del buque petrolero «Torrey Canyon» que tuvo lugar en las costas inglesas y francesas en marzo de 1967, provocando uno de los primeros desastres ecológicos, al que, lamentablemente, se unieron otros. Por mencionar algunos de los más significativos: el «Exxon Valdez» encalló en marzo de 1989 en las costas estadounidenses y la contaminación resultante condujo a la adopción de la *Oil Pollution Act* de 1990; a nivel europeo, los accidentes de los petroleros «Erika» sobre las costas de Bretaña en diciembre de 1999 y «Prestige» sobre las gallegas en noviembre de 2002 dieron lugar a la adopción de tres paquetes europeos en materia de seguridad marítima, y fueron la base para la adopción del Protocolo de 2003 relativo al Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, hecho en Londres el 16 de mayo de 2003, y ratificado por España mediante Instrumento de 1 de diciembre de 2004 (BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2005). *Cfr.*, por todos, BERLINGIERI (2015: 3-4 y 117); ARROYO MARTÍNEZ (2015: pp. 772 y 766); GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: 787-788); ZUNARELLI y COMENALE PINTO (2023: 248 y 249).

⁸ El CLC entró en vigor el 19 de junio de 1975 y fue ratificado por España el 15 de noviembre de ese mismo año (BOE núm. 58, de 8 de marzo de 1976).

⁹ El Convenio FUND entró en vigor el 16 de octubre de 1978, y España se adhirió el 22 de septiembre de 1981 (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1982).

¹⁰ Los Protocolos de 1992, por los que se enmendaron el CLC y el Convenio FUND, entraron en vigor el 30 de mayo de 1996, y España se adhirió sucesivamente a ambos (BOE núm. 225, de 20 de septiembre de 1995, y núm. 244, de 11 de octubre de 1997). Al respecto, debe destacarse que el Convenio FUND 1971 se derogó el 24 de mayo de 2002, mediante Protocolo de 27 de septiembre de 2000 (en vigor, el 27 de junio de 2001). En la actualidad, el Fondo que funciona es el constituido sobre la base del Protocolo de 1992, conocido Convenio FUND de 1992. Por tanto, toda referencia al Convenio FUND o al Fondo que en virtud del mismo se constituye (*infra*) debe entenderse realizada a este último.

¹¹ El Convenio BUNKERS 2001 entró en vigor el 21 de noviembre de 2008. En 2015, todos los países de la Unión Europea lo habían ratificado o se habían adherido a él, de conformidad con la Decisión

A dichos textos internacionales se remite, precisamente, el Título VI («De los accidentes de la navegación»), Capítulo V («De la respuesta civil por contaminación»), artículos 384-391 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM)¹². En concreto, se trata del artículo 391, conforme al cual se declara la aplicación preferente de los convenios internacionales respecto del régimen general de responsabilidad civil por contaminación contenido en la norma española.

II.2. Ámbito de aplicación

Con carácter integrador, el CLC y el Convenio FUND que lo complementa¹³ imponen un sistema especial de responsabilidad civil a los propietarios del buque por los daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el buque a resultas del siniestro (art. III.1 CLC). Concretamente, sus disposiciones se aplican a los daños por contaminación¹⁴ resultantes del derrame de hidrocarburos procedentes de un buque¹⁵ en el territorio de un Estado contratante, incluido el mar territorial o la zona económica exclusiva¹⁶, así como a las medidas preventivas adoptadas para minimizar esos daños, incluso en alta mar¹⁷ (art. II CLC).

En este sentido, se entiende por buque toda nave apta para la navegación marítima y artefacto flotante en el mar del tipo que sea, construido o adaptado para el transporte de hidrocarburos a granel como carga, siempre que esté efectivamente transportándolos como carga y durante cualquier viaje efectuado a continuación de ese transporte, a menos que se demuestre que no hay residuos de los hidrocarburos a granel objeto de dicho transporte (art. I.1 CLC). Por su parte, «hidrocarburos» son solo aquellos «persistentes» y de origen mineral, tales como crudos de petróleo, fueloil, aceite diésel pesado y aceite

2002/762/CE, de 19 de septiembre de 2002 (DOUE L 256, de 25 de septiembre de 2002). De hecho, así lo hizo España el 10 de noviembre de 2003 (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2008).

¹² BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014.

¹³ Se dice incluso que ambos son «*sister conventions*», al estar reservada la adhesión a este último a los Estados que forman parte del CLC. Así, ZUNARELLI y COMENALE PINTO (2023: 254).

¹⁴ Sobre la cuestión se vuelve *infra* en el texto.

¹⁵ Con todo, se excluyen los buques de guerra u otros barcos cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y destinados exclusivamente, en el momento del siniestro, a servicios no comerciales del Gobierno (art. XI.1 CLC).

¹⁶ Según GABALDÓN GARCÍA (2012: 786), el único criterio esencial para exigir responsabilidad es el lugar de producción del daño por contaminación por hidrocarburos, sin que concurra un elemento de internacionalidad en el supuesto de hecho. De ahí que se abogara por la aplicación de los Convenios tanto a supuestos internacionales como nacionales, conforme ha quedado reflejado en nuestra LNM al declarar su aplicación preferente respecto del régimen nacional (art. 39). En el mismo sentido, TSIMPLIS, M. (2021: p. 410), cuando afirma «*[t]hus it does not matter where the incident that caused the pollution has taken place but where the pollution damage occurred*».

¹⁷ Así, GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: 790); GABALDÓN GARCÍA (2012: 786).

lubricante, ya sean transportados a bordo como cargamento o sean empleados como combustible (art. I.5 CLC). Además, se distingue entre buques construidos o adaptados para transportar solo hidrocarburos a granel como carga y otros capaces de transportar tanto hidrocarburos como otras cargas. En el primer caso, el CLC se aplicará siempre que se hayan producido daños por contaminación, incluso si fueron causados por hidrocarburos del combustible. En el segundo, se aplicará si, en el momento de producirse los daños, el buque transportaba hidrocarburos a granel como carga y durante cualquier viaje posterior a dicho transporte, salvo que se pruebe que no había residuos de dicho transporte de hidrocarburos a granel¹⁸.

En efecto, el mero transporte de hidrocarburos en el depósito de combustible de los buques no conduce a la aplicación del CLC¹⁹, sino del Convenio BUNKERS 2001. Este último completa el conjunto CLC/Convenio FUND, al recoger un sistema similar de responsabilidad de los daños por contaminación causados en idéntico ámbito geográfico que el anterior, pero en este caso por cualesquiera hidrocarburos para combustible que el buque lleve a bordo o que procedan de dicho buque²⁰ (arts. 2 y 3.1). Esto es, se aplica a los derrames de hidrocarburos para combustible, que se definen como aquellos utilizados o que vayan a utilizarse para la explotación o propulsión de los buques (art. 1.5), distintos, por tanto, de los petroleros.

Por su parte, el régimen de responsabilidad contenido en la LNM se aplica con ocasión de cualesquiera «daños por contaminación sufridos en las costas y los espacios marítimos españoles, que procedan de buques, embarcaciones, artefactos navales y plataformas fijas, donde quiera que estos se encuentren» (art. 384 LNM). Esto es, regula la responsabilidad civil por contaminación marítima, cualquiera que sea su origen y/o naturaleza²¹, quedando expresamente excluidos los daños causados por sustancias radioactivas o nucleares (art. 391.2 LNM). Ahora bien, como se decía, dicho régimen es suplementario y adicional al contenido en el Derecho uniforme, de modo que su ámbito

¹⁸ BERLINGIERI (2015: 120-121).

¹⁹ *Ibid.*, p. 189. De hecho, en la medida en que las sustancias presentes a bordo de los buques, esto es, la carga, son las que generan gran parte del riesgo, se han venido considerando el elemento más relevante a la hora de definir el ámbito de aplicación de cada una de las distintas normas sectoriales que regulan la indemnización de estos concretos tipos de daños derivados de la contaminación del medio marino. Así, ALBA FERNÁNDEZ (2021: 103).

²⁰ Se excepcionan los buques de guerra, buques auxiliares de la armada u otros buques cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y que estén destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del Gobierno (art. 4.2). Así, se diferencia del artículo XI.I CLC en que, además de los buques de guerra, excluye los auxiliares de la armada.

²¹ Así, PULIDO BEGINES (2016: 1176); RODRÍGUEZ DOCAMPO (2017: 408).

de aplicación queda limitado a los supuestos no cubiertos por este²², como, por ejemplo, la responsabilidad civil por contaminación causada por cualesquiera sustancias nocivas y potencialmente peligrosas distintas de los hidrocarburos²³.

II.3. Régimen de responsabilidad

II.3.1. Consideraciones previas

Los distintos regímenes de responsabilidad por daños derivados de la contaminación marítima buscan, en esencia, maximizar su eficacia indemnizatoria, con el fin de garantizar la plena compensación de las víctimas por estos tipos concretos de daños, que pueden ser causados por la intervención de múltiples factores o sujetos en el desarrollo de una actividad de elevado riesgo, como lo es el transporte marítimo de este tipo de sustancias, sea como carga o combustible²⁴. Por ello, contienen esquemas de compensación que se basan en elementos idénticos, aunque existen diferencias entre ellos. En concreto, el régimen contenido en el CLC y el Convenio FUND es coincidente

²² En efecto, la LNM prevé un régimen legal autónomo en materia de responsabilidad civil por contaminación. Sin embargo, como afirma PULIDO BEGINES (2016: 1184), este cede en su aplicación ante la existencia de disposiciones internacionales que puedan resultar aplicables en un supuesto particular. De hecho, el régimen contenido en la LNM solo es la extensión de los principios instaurados en los Convenios Internacionales para los supuestos de contaminación por hidrocarburos, combustible o productos peligrosos, por lo que, en definitiva, su carácter es residual para aquellos supuestos en que dichas normas no sean directamente aplicables. Es más, así se declaró en la Memoria del anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima, https://www.mjjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803078-Anteproyecto_de_ley_general_de_la_navegacion_maritima_Memoria.PDF (05.04.2024). En este sentido, LÓPEZ QUIROGA (2015: 339); RODRÍGUEZ DOCAMPO (2017: 405); ZURUTUZA ARIGUITA (2019: 549-550).

²³ A nivel internacional, se regula en el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas de 1996 (Convenio HNS), que fue enmendado por el Protocolo de 2010 (en adelante, Convenio SNP 2010). Sin embargo, ni el Convenio HNS ni su Protocolo de 2010 [texto refundido disponible en: https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/02/2010-HNS-Convention-Consolidated-text_s.pdf (05.04.2024)] están todavía en vigor, al no haber sido ratificados por un número suficiente de Estados, incluida España. Hasta ahora, son solo ocho los Estados contratantes, siendo el último Eslovaquia [<https://www.hnsconvention.org/es/activity/otro-paso-mas-hacia-la-entrada-en-vigor-eslovaquia-ratifica-el-protocolo-snp-de-2010/> (05.04.2024)]. Es esta la razón, precisamente, por la que no es objeto de estudio en el presente trabajo, a pesar de que no es nada improbable su entrada en vigor. De hecho, el ejecutivo de la Unión Europea ha instado a todos los países miembros que lo ratifiquen o se adhieran, por medio de la Decisión (UE) 2017/769 del Consejo, de 25 de abril de 2017, relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros en interés de la Unión Europea, a excepción de los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil (DOUE núm. 115, de 4 de mayo de 2017). En todo caso, el régimen de responsabilidad contenido en el Convenio SNP 2010 se inspira directamente en los principios contenidos en el CLC y el Convenio FUND. Así, ZUNARELLI y COMENALE PINTO (2023: 250), quienes efectúan un análisis conjunto de ambos regímenes; PULIDO BEGINES (2016: 1177) y LÓPEZ QUIROGA (2015: 340).

²⁴ ALBA FERNÁNDEZ (2021: 102 y 103).

respecto del Convenio BUNKERS 2001 en cuanto al fundamento de la responsabilidad y los daños indemnizables. No obstante, aunque la LNM regule de forma conjunta la responsabilidad civil por contaminación marítima, con independencia de su origen y/o naturaleza, el hecho de que el Convenio BUNKERS 2001 no esté complementado con un fondo de compensación internacional implica, *inter alia*, una distinta configuración de los sujetos responsables, así como del sistema de limitación de responsabilidad²⁵.

En efecto, el CLC y el Convenio FUND establecen un sistema de responsabilidad de carácter legal de dos niveles, basado en la responsabilidad plena, aunque limitada del propietario del buque (primer nivel), que se complementa con la creación de un fondo internacional de compensación financiado por las entidades receptoras de hidrocarburos en cada uno de los Estados contratantes (segundo nivel)²⁶. Se trata del llamado «Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos» (FIDAC), que tiene por finalidad compensar a los perjudicados cuando la protección conferida por el CLC resulte insuficiente (segundo nivel) [art. 2.1.a) Convenio FUND]. Para ello, se le atribuye una doble función (art. 4.1). Por un lado, ofrece compensación (en su caso, adicional) cuando no se pueda recibir conforme al régimen del CLC, bien porque el propietario no responde, bien porque este (o su asegurador) no puede hacer frente a la indemnización que le corresponde desembolsar. Por otro lado, satisface importes por encima de los límites de responsabilidad de los que se beneficia el propietario en virtud del CLC. Junto al FIDAC, existe un «Fondo complementario» constituido por Protocolo de 16 de mayo de 2003²⁷ y accesible únicamente para los perjudicados de aquellos Estados que voluntariamente se incorporen a él, que se destina a garantizar pagos adicionales a las víctimas que no hayan podido obtener una indemnización completa y suficiente en virtud del Convenio FUND. Con todo, este segundo nivel internacional indemnizatorio de responsabilidad no se contempla en el

²⁵ A estas diferencias hacen referencia GABALDÓN GARCÍA (2012: 797); BERLINGIERI (2015: 189).

²⁶ El Fondo se nutre de las aportaciones de la industria cargadora o destinataria de las sustancias transportadas, quienes, en la eventualidad de un siniestro, contribuyen a la indemnización de los daños por contaminación, donde quiera que estos se produzcan, salvo que deriven de un acto bélico o si el vertido procediera de un buque de guerra. Esto es, como afirma ARROYO MARTÍNEZ (2015: 775), su financiación reside en el régimen de contribuciones periódicas que debe satisfacer toda persona que reciba hidrocarburos por mar en los puertos o instalaciones situados en un Estado contratante y, por tanto, por los consumidores finales. Sobre la cuestión, en detalle, GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: 793-794); GABALDÓN GARCÍA (2012: 789-790). En la doctrina internacional, BERLINGIERI (2015: 156-188); ZUNARELLI y COMENALE PINTO (2023: 250-260); TSIMPLIS (2021: 421-424).

²⁷ España lo ratificó mediante Instrumento de 1 de diciembre de 2004 (BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2005). De este modo, se elevaron los límites máximos de las indemnizaciones, lo que ha sido valorado positivamente: con alusión al caso «Prestige», BAENA BAENA, P. J. (2004: p. 11).

Convenio BUNKERS 2001 ni, por supuesto, en la LNM, existiendo, por tanto, diferencias esenciales entre los distintos regímenes.

II.3.2. Sujetos responsables

Por lo que respecta a los sujetos responsables, el conjunto CLC/Convenio FUND configura un régimen de responsabilidad de carácter obligatorio sobre la base de dos principios clave. Por un lado, el principio de quien contamina paga, que rige toda normativa en materia de responsabilidad ambiental, conforme al cual se imputa la responsabilidad a quien causa el daño (agente contaminador), que debe sufragar el coste de la contaminación, esto es, asumir la reparación de los daños causados²⁸. Por otro lado, el llamado principio de canalización de la responsabilidad o restricción de la legitimación pasiva, que se atribuye al propietario del buque, en todo caso (art. III.1 CLC). Según la definición contenida en el artículo I.3 CLC, es propietario la persona o personas a cuyo nombre esté matriculado el buque o, si no está matriculado, la persona o personas propietarias del mismo (art. I.3)²⁹. Es decir, se imputa la responsabilidad exclusivamente al propietario del buque, sea o no naviero, al tiempo que se excluye la responsabilidad directa frente a la víctima de otros posibles sujetos partícipes en el tráfico marítimo, excepto bajo ciertas circunstancias (art. III.4 CLC)³⁰.

En efecto, el régimen contenido en el conjunto CLC/Convenio FUND tiene carácter exclusivo, en el sentido de que no puede efectuarse ninguna reclamación por daños por contaminación por hidrocarburos contra el propietario, salvo de acuerdo con lo dispuesto en el mismo (art. III.4, párr. 1.º CLC); y excluyente, en el sentido de que solo puede exigirse responsabilidad por este tipo de daños al propietario del buque, pero no a otros sujetos (art. III.4, párr. 2.º CLC). Al respecto, debe destacarse que el CLC, en su versión

²⁸ ARROYO MARTÍNEZ (2015: 770); PULIDO BEGINES (2016: 1178); PULIDO BEGINES, PETIT LAVALL y PUETZ (2018: 145).

²⁹ Solo será responsable el explotador en caso de que la propiedad del buque recaiga sobre un Estado en el que el mismo está matriculado (art. I.3 *in fine* CLC, modificado por el Protocolo de 1992).

³⁰ Esto es, se atiende a la propiedad del medio utilizado para llevar a cabo la actividad que crea un riesgo profesional para imputar la responsabilidad de los daños por contaminación marítima, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho interno, que imputa al armador los riesgos generados por su actividad. Ello obedece a la necesidad de garantizar la eficiencia de la norma, al ser el criterio que permite más fácilmente identificar al sujeto responsable y asegurar un efectivo resarcimiento de los daños causados a los perjudicados, dejando a salvo la acción de regreso contra el verdadero responsable, esto es, el titular de la empresa de navegación, que no tiene por qué coincidir con el propietario del buque, en cuyo caso serán aplicables las normas generales sobre responsabilidad contractual o extracontractual. Así, GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: 790-791); ARROYO MARTÍNEZ, I. (2015: pp. 778 y 779); id. (2017: p. 360); PULIDO BEGINES (2016: 1178). En la doctrina internacional, ZUNARELLI y COMENALE PINTO (2023: 251); BERLINGIERI (2015: 128-133).

originaria de 1969, solo excluía la acción del perjudicado contra los dependientes o agentes del propietario (art. III.4, *in fine*). No obstante, esta fórmula pronto se reveló insuficiente, ya que dejaba abierta la posibilidad de que los perjudicados ejercitaran la acción de indemnización contra otros sujetos distintos, a fin de eludir los límites de responsabilidad del propietario que establece el sistema³¹. Por ello, el precepto se enmendó mediante el Protocolo de 1992, estableciendo una enumeración exhaustiva de sujetos contra los que no puede promoverse acción de indemnización, en ningún caso, a menos que hayan actuado a sabiendas de que podían causar daños por contaminación³².

Concretamente, de conformidad con el artículo III.4 actualmente vigente, se prohíbe que cualquier reclamación de indemnización se dirija contra: *a)* los empleados o agentes del propietario, o los tripulantes del buque; *b)* el práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulante, preste servicios para el buque; *c)* el fletador, gestor naval o armador; *d)* cualquier persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente; *e)* cualquier persona que adopte medidas preventivas; y, en fin, *f)* los empleados o agentes de las personas mencionadas en las letras *c)*, *d)* y *e)*. En consecuencia, dichos sujetos pueden beneficiarse de la canalización de responsabilidad de los daños por contaminación; eso sí, salvo que dichos daños hayan sido originados por una acción u omisión de tales personas que hayan actuado con intención de causarlos o temerariamente y a sabiendas de que probablemente se causarían (art. III.4 *in fine*)³³.

En este sentido, se ha planteado si el carácter excluyente del régimen de responsabilidad contenido en el CLC puede hacerse extensivo a otros sujetos no previstos en la norma, cuya actuación culposa haya contribuido a la causación del accidente. En concreto, el principio de canalización de responsabilidad ha sido abordado, aunque

³¹ ZUNARELLI y COMENALE PINTO (2023: 251).

³² Pese a ello se ha subrayado el desacierto del legislador, pues la técnica de la enumeración «alimenta las interpretaciones encontradas». Así, ARROYO MARTÍNEZ (2009: 89), quien señala que los sujetos excluidos son, en definitiva, personas que de una forma u otra colaboran con el propietario del buque.

³³ En este sentido, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 865/2015, de 14 de enero (RJ 2016, 4120), pp. 92-96, en el análisis de la responsabilidad civil subsidiaria de la propietaria del buque respecto de la actuación de su capitán, señala que era conocedora de la situación estructural del barco y de su estado de conservación, y de que el mismo no soportaría la navegación, mucho menos en situaciones críticas. Pese a ello, se realizó una travesía más, lo que evidencia una elevada falta de cautela y de cuidado, cuando el buque en su itinerario iba a encontrarse condiciones climatológicas adversas que previsiblemente no podía soportar. De ahí que se le imputara la responsabilidad de los daños por contaminación, «al actuar temerariamente, con desprecio consciente y deliberado de los graves riesgos que implicaba su actuación».

tangencialmente, en los asuntos «Erika»³⁴ y «Prestige»³⁵. En ambos se optó por una interpretación amplia de la letra *b*) del artículo III.4 CLC, que incluye en la lista de sujetos exentos de responsabilidad «[e]l práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulante, preste servicios para el buque» (énfasis añadido), al encuadrar en dicha expresión a las sociedades de clasificación³⁶. Con todo, dicha interpretación jurisprudencial ha sido cuestionada por la doctrina³⁷, que aboga por aplicar la regla de la analogía (*ejusdem generis*), según la cual la expresión alcanza solo a las personas que trabajan físicamente en el buque en el momento del accidente. Así derivaría del tenor del precepto que distingue a «la persona que presta servicios para el buque» del práctico y de los miembros de la tripulación, que, a diferencia de las sociedades de clasificación, tienen una relación jurídica con el propietario en virtud de la cual prestan sus servicios a bordo del buque. Y así parece confirmarse cuando la letra *c*) del artículo III.4 CLC hace una mención separada del gestor naval y el armador, que prestan servicios relacionados con la operación del buque, pero en tierra y no a bordo.

Asimismo, la jurisprudencia europea ha afirmado que los hidrocarburos vertidos accidentalmente al mar pueden ser considerados por el juez nacional como residuos a efectos de la aplicación de la Directiva del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE relativa a los residuos³⁸, con la consiguiente posibilidad de identificar a la parte productora como la persona que vendió esos hidrocarburos y fletó el buque que los transportó, con la perspectiva de imputarle los costes no cubiertos por el sistema CLC/Convenio FUND, en la medida en que contribuyó a que se produjera el riesgo de contaminación³⁹.

También el Convenio BUNKERS 2001 atribuye la responsabilidad al propietario del buque en el momento de producirse el suceso (art. 3.1). Sin embargo, la noción es más amplia, al comprender no solo «el propietario, incluido el propietario inscrito», sino

³⁴ *Cour de cassation (Chambre criminelle)*, sentencia de 25 de septiembre de 2012 (10.82.938).

³⁵ *United States District Court, S.D. de Nueva York*, de 2 de enero de 2008, *Reino de España v. American Bureau of Shipping, Inc.*, 528 F. Supp. 2d 455 (S.D.N.Y. 2008).

³⁶ Esto son, aquellas personas jurídicas de Derecho privado, «dedicadas a la elaboración de criterios técnicos para calibrar el estado de los buques, así como a la inspección, reconocimiento y certificación de los buques en construcción o ya construidos de forma periódica, siguiendo los criterios técnicos o reglas por ellas elaborados, así como lo dispuesto en la normativa nacional, europea e internacional» [PETIT LAVALL, M.^a V. (2022: p. 50)].

³⁷ BERLINGIERI, F. (2015: p. 132); ARROYO MARTÍNEZ, I. (2009: p. 95).

³⁸ DOCE núm. 78, de 26 de marzo de 1991.

³⁹ Vid. STJUE de 24 de junio de 2008, asunto C-188/07, *Commune de Mesquer c. Total France SA* (ECLI:EU:C:2008:359). Sobre la cuestión, ZUNARELLI, S. y COMENALE PINTO, M. M. (2023: p. 252); MARTÍN OSANTE, J. M. (2016.b: pp. 543-560).

también «el fletador a casco desnudo, el gestor naval y el armador del buque» (art. 1.3). Esto es, establece que el sujeto responsable es igualmente el propietario del buque, pero asimismo incluye dentro del concepto distintas alternativas, incrementándose el número de personas responsables para una mayor protección de las víctimas. En todo caso, si en el momento del accidente el buque es operado directamente por el propietario registral y no existe ningún fletador, gestor naval o armador del buque, aquel será el único responsable. Así se deduce del artículo 3.2 Convenio BUNKERS 2001, conforme al cual, en caso de que más de una persona sea responsable, lo será de manera solidaria⁴⁰.

En consecuencia, el Convenio BUNKERS 2001 no es coincidente con el CLC, ya que no canaliza la responsabilidad de los daños por contaminación al propietario del buque, como tampoco incluye una lista que excluye las reclamaciones contra determinados sujetos. En cambio, sí lo es en lo que respecta al carácter exclusivo del régimen de responsabilidad (art. 3.5); la obligación del propietario registral del buque de establecer una cobertura de seguro u otra garantía financiera adecuada de su responsabilidad (arts. VII.1 CLC y 7.1 Convenio BUNKERS 2001); así como el reconocimiento a los perjudicados del derecho a efectuar la reclamación directamente contra el asegurador hasta los límites de responsabilidad del propietario (arts. VII.8 CLC y 7.10 Convenio BUNKERS 2001).

Por su parte, la LNM contiene un régimen de responsabilidad legal que es exigible, en todo caso, al armador, que será responsable de los daños por el mero hecho de su producción, o al titular del uso o explotación del artefacto naval o plataforma fija, al que se equipara (arts. 385.1 y 386.1 LNM). En consecuencia, la LNM tampoco es coincidente con el CLC en cuanto a la canalización de responsabilidad, al no incluir una lista de sujetos exentos de responsabilidad⁴¹, siendo el criterio a tomar en consideración para la atribución directa de responsabilidad la explotación del buque, en lugar de su mera propiedad⁴². Así deriva del concepto contenido en el artículo 145.1 LNM, según el cual

⁴⁰ Dejando a salvo las dudas interpretativas y los problemas que el precepto plantea, BERLINGIERI, F. (2015: p. 194) considera que el mismo podría amparar aquellas situaciones en las que el buque está fletado a casco desnudo o en las que el propietario haya nombrado a un armador, en cuyo caso el propietario registral continuará siendo responsable.

⁴¹ Así, se deja abierto el debate de si la responsabilidad por contaminación ha de canalizarse a través de los sujetos legalmente responsables o si, por el contrario, cabría ampliar dicha responsabilidad a otros sujetos distintos con fundamento en el Derecho común. *Cfr.*, MARTÍN OSANTE (2016: 414).

⁴² En este sentido, ARROYO MARTÍNEZ (2017: 360), afirma que, «[c]onsiderando que el armador puede ser o no propietario, parece claro que no es la propiedad el único vínculo para exigir la responsabilidad». Según LÓPEZ QUIROGA, J. (2015: p. 342), ello resulta coherente con la sistemática de la LNM, que gira sobre la figura del armador como verdadero sujeto responsable de la navegación marítima.

es armador «quien, siendo o no su propietario, tiene la posesión de un buque o embarcación, directamente o no a través de sus dependientes, y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad». Ahora bien, en lo que sí coincide la LNM con el régimen internacional es en que prevé el derecho de repetición del armador frente al culpable del hecho que haya originado la responsabilidad (art. 385.1 *in fine* LNM), la obligatoriedad de prescribir un seguro de responsabilidad civil (art. 389.1 LNM) y, en fin, la acción directa de los perjudicados frente al asegurador hasta el límite de la suma asegurada (art. 389.2 LNM)⁴³.

II.3.3. Limitación de responsabilidad

Por lo que respecta a la limitación de responsabilidad, el CLC y el Convenio BUNKERS 2001, como se ha señalado, tampoco encuentran coincidencia. Según el primero, el propietario tiene derecho a limitar su responsabilidad respecto de las reclamaciones que se hayan producido en cada suceso, siempre que constituya un fondo ante el tribunal o la autoridad competente para conocer de la reclamación cuya cuantía total sea equivalente al límite de su responsabilidad (art. V.3) y que el siniestro no haya sido ocasionado por una acción u omisión propias o concurra culpa (art. V.2). Si se dan ambos presupuestos, la cuantía total de la indemnización podrá limitarse a las cantidades máximas establecidas en el artículo V.1. Esto es: *a)* tres millones de unidades de cuenta para buques cuyo arqueo no exceda de 5.000 unidades de arqueo; *b)* cuatrocientas veinte unidades de cuenta más por cada unidad de arqueo adicional, que se sumarán a las anteriores cuando el buque exceda de dicho arqueo. En ningún caso, excederá de 59,7 millones de unidades de cuenta. Además, cuando el daño exceda de los límites de responsabilidad del propietario, los perjudicados cuentan con las sumas complementarias que ofrece el FIDAC para la obtención de una compensación plena y adecuada [art. IV. c) Convenio FUND].

Por el contrario, el Convenio BUNKERS 2001 no establece un sistema propio de limitación de responsabilidad. Así deriva de su artículo 6, a cuyo tenor «[n]ada de lo dispuesto en [él] afectará al derecho del propietario del buque y de la persona o personas que provean un seguro u otra garantía financiera de limitar su responsabilidad en virtud de cualquier régimen nacional o internacional aplicable». Dicho de otro modo, se remite

⁴³ Sobre esta cuestión, en detalle, GARCÍA-PITA y LASTRES (2021: 995-1054). También, GILABERT GASCÓN (2022: 241-272).

a los límites globales contenidos en las normas internacionales uniformes o, en su defecto, a las nacionales correspondientes, según unas u otras resulten aplicables en el Estado en el que se produce el daño por contaminación (art. 6)⁴⁴. En consecuencia, deberá estarse a lo dispuesto en el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, modificado por el Protocolo de 1996, de los que forma parte España⁴⁵. Y es, precisamente, a dichas disposiciones a las que se remite el artículo 388 *in fine* LNM, en lo que respecta a la limitación de la responsabilidad civil por contaminación⁴⁶, que los ha incorporado a los supuestos nacionales (Título VII. «De la limitación de la responsabilidad», artículos 392 a 405).

II.3.4. Fundamento de la responsabilidad

El fundamento de la responsabilidad, bien para el propietario del buque, según el Derecho uniforme, bien para el armador, según nuestro Derecho interno, sí es idéntico en los regímenes de responsabilidad analizados. Esto es, se trata de una responsabilidad objetiva, aunque atenuada y solidaria.

En efecto, la responsabilidad se establece sobre una base objetiva⁴⁷ (*strict liability*, según el Derecho anglosajón)⁴⁸, ya que el propietario del buque o el armador, según proceda, serán responsables de los daños por contaminación, en todo caso, aun cuando hayan empleado toda la diligencia posible. De este modo, basta con la mera causación del daño para que nazca la obligación de indemnizar, sin que sea necesaria la concurrencia de dolo o culpa. Así deriva de los artículos III.1 CLC y 3 Convenio BUNKERS 2001, que declaran responsable al propietario del buque de los daños ocasionados en el momento de producirse el suceso o, en caso de que un suceso esté constituido por una serie de acontecimientos, en el que se produzca el primero de ellos⁴⁹. En términos

⁴⁴ GABALDÓN GARCÍA (2012: 797) ha subrayado la inseguridad jurídica que ello comporta.

⁴⁵ España ratificó el Convenio en 1986 (*BOE* núm. 310, de 27 de diciembre de 1986) y se adhirió al Protocolo en 2005 (*BOE* núm. 50, de 28 de febrero de 2005).

⁴⁶ Sobre las dudas de interpretación que plantea esta sistemática, *vid.* ARROYO MARTÍNEZ (2015: 781); *id.* (2017: 362); LÓPEZ QUIROGA (2015: 348); RODRÍGUEZ DOCAMPO (2017: 430-431); MARTÍN OSANTE (2016: 411); DA COSTA GOMES (2018: 837-840).

⁴⁷ Por todos, GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: 791); ARROYO MARTÍNEZ (2015: 778-779); LÓPEZ QUIROGA, J. (2015: 341); PULIDO BEGINES (2016: 1179); PULIDO BEGINES, J. L., PETIT LAVALL, PUETZ (2018: 143); DA COSTA GOMES (2018: 832); ZUNARELLI, S. y COMENALE PINTO (2023: 250-260).

⁴⁸ BERLINGIERI (2015: 133); TSIMPLIS (2021: 413).

⁴⁹ Se entiende por suceso «todo acaecimiento o serie de acaecimientos de origen común, que cause daños debidos a contaminación o que cree una amenaza grave e inminente de causar tales daños» (arts. 2.8 CLC y 1.8 Convenio BUNKERS 2001).

similares, el artículo 386.1 LNM declara la responsabilidad del armador de los daños por contaminación por el mero hecho de su producción⁵⁰. Por tanto, en ambos casos, la comisión culpable o dolosa no es elemento definitorio para que nazca la obligación de indemnizar, alterando las reglas del Derecho común, aunque resultará de aplicación supletoria (art. 1902 y ss. CC). Ahora bien, mientras que en el Derecho uniforme el criterio para atribuir responsabilidad es la mera propiedad del medio utilizado para llevar a cabo la actividad que genera un riesgo, en la LNM la responsabilidad se imputa a quien crea un riesgo con su actividad, como así se justifica en el ámbito empresarial⁵¹.

Con todo, se trata de una responsabilidad *cuasi objetiva*, pues se encuentra atenuada o limitada, al reconocer la propia norma algunas excepciones tasadas a favor del sujeto responsable. En concreto, siguiendo los artículos III.2 CLC y 3.3 Convenio BUNKERS 2001, tal responsabilidad decae cuando el propietario prueba que el siniestro es debido a causas que le son ajenas o es imputable a un tercero. A saber: *a*) un acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable o irresistible⁵²; *b*) una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños⁵³; o *c*) la actuación u omisión de un Gobierno o de una autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función. En términos similares se prevé en la LNM, cuyo artículo 386.1 exonera de responsabilidad al armador cuando pruebe que los daños por contaminación han sido causados por «una fuerza mayor inevitable, por la negligencia de cualquier autoridad que sea responsable

⁵⁰ Sin que para ello el perjudicado tenga que probar negligencia por parte del explotador del buque. Así lo afirman PULIDO BEGINES, J. L., PETIT LAVALL, M.^a V., PUETZ, A. (2018: p. 145), que traen a colación los principios sobre los que la LNM exige responsabilidad: los principios de precaución y acción preventiva, corrección y de que quien contamina paga.

⁵¹ PULIDO BEGINES (2016:1179) subraya que de esta forma el sistema de atribución de responsabilidad resulta más «justo», al permitir que las consecuencias de hecho dañoso recaigan sobre el sujeto que originó el suceso y no exclusivamente sobre el propietario registral del buque. En este sentido, considera que el sistema de canalización de responsabilidad contenido en el conjunto CLC/Convenio FUND —que aquí quiebra— no canaliza, en realidad, las consecuencias del riesgo sobre la persona que lo gestiona. Sí lo hace, en cambio, el sistema previsto en nuestro Derecho interno, que responde al criterio de asunción del riesgo empresarial por parte de la empresa marítima de transporte que crea un riesgo con su actividad. Así, también, RODRÍGUEZ DOCAMPO (2017: 421); MARTÍN OSANTE (2016: 413), entendiéndose este último que la mejor solución para garantizar la eficacia de la norma sería imputar la responsabilidad solidariamente a ambos, esto es, propietario y armador no propietario.

⁵² Esto es, sucesos que no se pudieron prever o que, previstos, eran inevitables (caso fortuito o fuerza mayor, art. 1105 CC). *Cfr.*, YZQUIERDO TOLSADA (2018: 231).

⁵³ En efecto, la actuación de tercero exonera la responsabilidad al agente material del daño, pero ello será así siempre que no haya venido condicionada por él o haya sido un mero instrumento suyo. Por ello, «no tienen la condición de terceros las personas que por ley revierten la responsabilidad por sus actuaciones sobre aquella en la que recae la imputación que se examina». Esto es, sobre los empresarios recaen las consecuencias jurídicas de los daños ocasionados por sus dependientes, de modo que se considera el hecho como suyo propio sin que quepa invocar esta causa de exoneración. Así, YZQUIERDO TOLSADA (2018: 233-237).

del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación, o bien por una acción u omisión intencional de un tercero, a salvo de la responsabilidad que alcance a este último».

Además, de conformidad con los artículos III. 3 CLC y 3.4 Convenio BUNKERS 2001, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad si se prueba que el perjudicado contribuyó con su actuación dolosa o negligente a la causación del daño (exoneración relativa)⁵⁴. De igual modo sucede, según la norma española, si el armador prueba que los daños por contaminación resultaron, en todo o en parte, de una acción u omisión culposa o dolosa de la persona que los sufrió (art. 387 LNM). En todo caso, la participación de distintos buques en la causación de los daños conllevará la responsabilidad solidaria de sus respectivos propietarios (armadores o titulares de uso o explotadores, según el Derecho interno), salvo que razonablemente puedan atribuirse a uno de ellos (arts. IV CLC, 5 Convenio BUNKERS 2001 y 385.2 LNM)⁵⁵.

Se trata, en definitiva, de circunstancias que interfieren en la relación de causalidad entre el hecho del agente/contaminador y el daño producido/contaminación, como elemento esencial de la responsabilidad por daños. A excepción de dichas circunstancias, que exigen la ausencia de negligencia causal por parte del propietario o de su armador, según resulte, su responsabilidad deviene inexcusable, sin que quepa oponer la ausencia de culpa para eludirla, dejando a salvo el derecho de repetición frente a quien, por su actuación negligente, hubiese ocasionado el daño. En consecuencia, en la medida en que el daño debe asociarse con el antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata (teoría de la causalidad adecuada)⁵⁶, resulta esencial identificar las diferentes concausas que pueden interferir en el nexo causal, pues, de haberlas, sirven para fundamentar el juicio de responsabilidad⁵⁷. Y es que también es posible que el siniestro sea imputable a la actuación u omisión de un tercero,

⁵⁴ Al respecto, LÓPEZ QUIROGA (2015: 346) subraya que ello dependerá de la intensidad o relevancia causal del acto del perjudicado y solo respecto de los daños sufridos por él. En efecto, el resultado dañoso puede ser consecuencia de una intervención de un agente que concurre con la conducta del perjudicado. En estos casos, suele considerarse que el nexo causal se rompe cuando el daño se ha producido de manera exclusiva por el comportamiento del perjudicado, pero si concurre con la conducta del agente se opta por la moderación de la indemnización. Así, YZQUIERDO TOLSADA (2018: 237-238).

⁵⁵ Como afirma LÓPEZ QUIROGA (2015: 344-345), de la dicción del precepto podría deducirse que la LNM se aparta del Derecho uniforme, conforme al cual cada uno será responsable de los daños que hubiese causado, de modo que la solidaridad solo será predicable respecto de aquellos daños concretos que no pudiera atribuirse a uno de los implicados. Ahora bien, la ruptura del régimen de la solidaridad debe vincularse al origen del suceso que originó los daños, con independencia de quién posibilitó con su actuación negligente su causación. Así, ZURUTUZA ARIGUITA (2019: 556).

⁵⁶ YZQUIERDO TOLSADA (2018: 215).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 218.

incluido un Gobierno o una autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación⁵⁸. En ese caso, la responsabilidad del propietario o armador decaería, total o parcialmente, estando facultado para interponer una acción de regreso contra el causante del daño, sin perjuicio de que tales acciones deban regirse por el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁵⁹.

En esta línea, de hecho, de especial interés resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª), de 18 de junio de 1997⁶⁰ en el conocido asunto «Aegean Sea», que estimó parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de A Coruña, de 20 de abril de 1996⁶¹, por la que se condenó por un delito de imprudencia temeraria al capitán del buque y al práctico del puerto, declarando la responsabilidad civil directa de la aseguradora y del FIDAC, así como la subsidiaria de la armadora y el Estado español, por los daños ocasionados por el buque al realizar maniobras de entrada en el puerto de A Coruña, perdiendo la carga de petróleo que transportaba. Al respecto, la Audiencia declaró que la Administración del Estado solo podría reclamar la mitad de sus propios daños, en la medida en que en su causación hubo negligencia por parte de una persona de la que debía responder, esto es, el práctico (contribución del perjudicado en la causación del daño). En consecuencia, la aseguradora incoó un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración General del Estado que fue estimado por Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) núm. 3700/2006, de 20 de septiembre⁶². En ella, se constató la existencia de una actividad administrativa, concretada en el «funcionamiento de los servicios públicos», esto es, toda actividad destinada a satisfacer el interés general. Ello fue así no solo por la condición de funcionario público del práctico, sino también porque su actuación, consistente en autorizar la entrada del buque en el puerto a pesar de las condiciones meteorológicas adversas, se enmarca en el ejercicio de una actividad pública que no puede considerarse realizada con desconexión del servicio.

3.5.) Daños resarcibles

Los regímenes de responsabilidad por daños derivados de la contaminación también son coincidentes, al menos a nivel internacional, en lo que se refiere a la extensión de la

⁵⁸ Cfr., LÓPEZ QUIROGA (2015: 346).

⁵⁹ En España, sobre la base de los artículos 106.2 CE y 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

⁶⁰ ECLI:ES:APC:1997:1157.

⁶¹ ECLI:ES:JP:1996:1.

⁶² ECLI:ES:AN:2006:3700.

responsabilidad, esto es, a los daños resarcibles. Dejando a salvo que su determinación debe efectuarse caso por caso, la responsabilidad del propietario o del armador se extiende al resarcimiento de las pérdidas o daños causados fuera del buque por la contaminación resultante del derrame de hidrocarburos (carga o combustible, según resulte), dondequiera que se produzca [arts. I.6.a) CLC, 1.9.a) Convenio BUNKERS 2001 y 388.1 LNM]. En consecuencia, se incluyen los daños y perjuicios producidos fuera del buque, cualquiera que sea su naturaleza, causalmente relacionados con la contaminación⁶³, incluidos los consecuenciales o indirectos⁶⁴. No obstante, se excluyen los daños materiales o personales producidos a bordo del buque y los que no sean debidos a contaminación⁶⁵, como los relativos a la carga transportada o los sufridos por el propio buque⁶⁶.

Asimismo, son indemnizables los daños ecológicos (deterioro ambiental), a pesar de las dudas que inicialmente se planteaban por la amplitud del concepto⁶⁷. Así lo reconocen los textos internacionales actualmente vigentes, aunque la LNM guarda silencio al respecto⁶⁸, que incluyen en el concepto de daños por contaminación «la indemnización por deterioro del medio ambiente». Ahora bien, dicha indemnización está limitada a los costes reales de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse respecto de los daños causados por la contaminación [art. I.6.a) CLC art. 1.9.a) Convenio BUNKERS 2001].

⁶³ Vid. LÓPEZ QUIROGA (2015: 347).

⁶⁴ CMI, *Guidelines on oil pollution damage*, aprobadas en la XXXVth Conferencia del Comité Marítimo Internacional, celebrada el 8 de octubre de 1994 en Sydney, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/GUIDELINES-ON-POLLUTION-DAMAGE-1994.pdf> (05.04.2024), definidos como la pérdida financiera sufrida por un demandante como consecuencia de la pérdida física de los daños materiales causados por la contaminación por hidrocarburos [apdo. 3.b)]. Así, GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: 794). Sería el caso, por ejemplo, de los gastos de limpieza, la pérdida de uso de bienes afectados o la imposibilidad de realizar actividades económicas que antes se efectuaban en la zona donde ha ocurrido el siniestro. Sin embargo, no es una cuestión pacífica considerar como daño resarcible por contaminación la pérdida de beneficios de quienes desarrollan actividades económicas en la costa, como los pescadores, mariscadores, transportistas y comerciantes de pescado y marisco o incluso los propietarios y operadores de hoteles e instalaciones turísticas en centros turísticos costeros, pues está ligada a la necesaria concurrencia de una relación de causalidad directa entre la contaminación y la reducción de sus ingresos. Al respecto, TSIMPLIS (2021: p. 412); ZUNARELLI y COMENALE PINT (2023 256-258).

⁶⁵ En este sentido, GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: 794); GABALDÓN GARCÍA (2012: 791).

⁶⁶ Así, ZURUTUZA ARIGUITA (2019: 559).

⁶⁷ GABALDÓN GARCÍA (2012: 791).

⁶⁸ A diferencia de lo que establecía el artículo 455 en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, febrero de 2004, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803125-Anteproyecto_de_ley_general_de_la_navegacion_maritima_Articulado.PDF (05.04.2024). Con todo, dicha responsabilidad medioambiental resulta indiscutible, aunque la exigencia de responsabilidad por los daños medioambientales deba operar por otras vías. Así, LÓPEZ QUIROGA (2015: 347).

En fin, son resarcibles los costes de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ocasionados por ellas una vez acaecido el siniestro [arts. I.6.b) CLC y 1.9.b) Convenio BUNKERS 2001]. Se trata, en definitiva, de aquellos que se derivan de la adopción de todas las medidas «razonablemente adoptadas» por cualquier persona después de ocurrir el siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación [arts. I.7 CLC, 1.7 Convenio BUNKERS 2001 y 388.2 LNM]. En concreto, cabrá indemnización cuando las medidas adoptadas o el equipo utilizado en respuesta a un siniestro concreto tenían probabilidades —sobre la base de una evaluación técnica objetiva en el momento en que se tomaron las decisiones pertinentes— de evitar o reducir al mínimo los daños por contaminación⁶⁹. Ello también contrasta con el régimen nacional, que no incluye expresamente dentro de los daños resarcibles el coste de las pérdidas o daños indirectos resultantes de la adopción de las medidas preventivas, por lo que estos solo serán exigibles, en su caso, de conformidad con el artículo 1107 CC⁷⁰.

III. “NUEVAS” AYUDAS A LA NAVEGACIÓN Y LA APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DE ESTA CAUSA DE EXONERACIÓN

III.1. Consideraciones previas

La incorporación de nuevos desarrollos tecnológicos a la navegación está planteando numerosos retos, que especialmente se han puesto de manifiesto con la aparición de buques sin dotación, navegados por control remotos o autónomos⁷¹. No obstante, en un análisis de la incidencia de la tecnología en estos regímenes de responsabilidad por daños derivados de la contaminación del medio marino, se ha venido considerando que el factor determinante del riesgo en estos casos es la carga o el combustible y no el vehículo. Por ello, aunque el empleo de dispositivos de inteligencia artificial en la navegación marítima pueda alterar en alguna medida los riesgos de la actividad, parece lógico que «dicha alteración [no] pueda llegar a constituir razón suficiente para dotarlos de un régimen específico (dentro del ya específico)», dado el riesgo y tipo de daños que abordan⁷². Y ello a pesar de que se requiera alguna adaptación,

⁶⁹ CMI, *Guidelines on oil pollution damage...*, cit., apdo. 10.b).

⁷⁰ Cfr., LÓPEZ QUIROGA (2015: 347); ZURUTUZA ARIGUITA (2019: 560).

⁷¹ Vid. ALBA FERNÁNDEZ (2021: 59-117), quien efectúa un riguroso y exhaustivo estudio de los retos que plantea la aparición de dichos buques en el marco normativo marítimo, tanto desde una perspectiva pública como privada.

⁷² *Ibid.*, pp. 103 y 111.

en concreto, en relación con los sujetos responsables o las causas excluyentes de su responsabilidad.

Es precisamente este último elemento del esquema de compensación contenido en los regímenes de responsabilidad analizados el que interesa destacar aquí, a propósito de los ya anunciados nuevos —o ya no tan nuevos— sistemas de ayuda a la navegación marítima que se enmarcan en el contexto de lo que se ha venido categorizando como *E-navigation* [*inter alia*, el sistema de navegación por satélite (GNSS), las cartas náuticas electrónicas (ENC) o el sistema de identificación automática (AIS)]. Y es que son distintas las dudas que plantea el uso de estos y otros sistemas de ayuda a la navegación en relación con los accidentes y la seguridad⁷³. En concreto, los problemas que surgen no son diferentes de aquellos que se asocian al empleo de dispositivos de inteligencia artificial en otras actividades industriales o de negocio, entre los que destacan la falta de predictibilidad de la tecnología⁷⁴ y la posible intervención de múltiples factores o sujetos en la cadena de sucesos que causan el daño⁷⁵.

En efecto, es cierto que la incidencia de la tecnología en la navegación a través del desarrollo de sistemas de inteligencia artificial a bordo de los buques permite una mayor conectividad buque-tierra y dota de más información a los operadores del sector en el ejercicio de su actividad. Todo ello mejora, sin duda, la eficiencia y la seguridad marítima, incluida la protección del medio ambiente marino. Sin embargo, su uso también ha supuesto un aumento de la complejidad de la actividad marítima y, por ende, de los riesgos que contribuyen a la causación de accidentes de navegación. En particular, los problemas surgen en relación con la forma en que dichos sistemas de inteligencia artificial proporcionan información a los buques, la necesidad de garantizar flujos de información actualizada y estandarizada, y, especialmente, la influencia de otros elementos técnicos, humanos y operativos en su utilización⁷⁶. De hecho, los errores en el uso de las ayudas a

⁷³ MELNYK, O., *et. al.* (2023: 69), que subrayan la necesidad de aplicar medidas más eficaces para mejorar la seguridad de los buques y, por ende, reducir los accidentes marítimos. En este contexto, señalan los beneficios que para ello puede suponer una herramienta de gestión no solo por aumentar la eficacia en la gestión de acontecimientos e incidentes, sino también por garantizar el funcionamiento de los sistemas técnicos del buque y, en consecuencia, mantener su seguridad.

⁷⁴ Así lo señala, por ejemplo, SMITH (2015: 607), en relación con el uso de los sistemas de navegación por satélite (GNSS) como ayudas a la navegación marítima.

⁷⁵ Sobre estos y otros factores o riesgos, *vid.* ALBA FERNÁNDEZ (2021: 102).

⁷⁶ En este sentido, cabe destacar el conocido Proyecto OCEAN (*Operator-Centred Enhancement of Awareness in Navigation*), una iniciativa de innovación y desarrollo financiada por la Unión Europea. Su objetivo es mejorar la seguridad de la navegación y reducir los accidentes marítimos. El proyecto aborda diversos factores que contribuyen a la causación de estos accidentes, como la capacitación, los elementos técnicos, humanos y organizativos, las limitaciones operativas, así como la implementación de mejoras normativas, estándares y enfoques de diseño de equipos de puentes de los buques que están equipados con

la navegación debido a factores humanos son una de las principales causas de los accidentes de navegación, ya sea por una mala interpretación de la información recibida a través de la señal, ya sea por un exceso de confianza en la tecnología⁷⁷.

Se trata, en definitiva, de factores que han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del propietario del buque (según el Derecho uniforme) o de su armador (según el Derecho interno) por la contaminación del medio marino. Y es que normalmente el prestador de la información que se transmite a través de estos sistemas que sirven de ayuda a la navegación es un Gobierno o una autoridad responsable de su mantenimiento, de modo que la responsabilidad del propietario del buque o de su armador decaerá si logra probarse que el siniestro es imputable exclusivamente a su actuación u omisión. Para ello, será necesario interpretar el término en inglés «*navigational aids*» contenido en el Derecho uniforme conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicado (en nuestro Derecho interno, art. 3.1 CC) (*sub 2*). Sin embargo, también es posible que otros factores o sujetos intervengan en el hecho generador del daño y, por tanto, en los daños ecológicos resultantes, lo que puede originar problemas de causalidad concurrente y dicha responsabilidad solo devendrá excusable si logra probarse la ausencia de negligencia causal por su parte (*sub 3*).

III.2. «*Aids to navigation*» vs. «*navigational aids*»

III.2.1. Problemas de interpretación

Considerando las circunstancias en las que ocurren los daños, uno de los principales interrogantes que se plantea es si la causa de exoneración de responsabilidad contenida en los artículos III. 3 CLC y 3.4 Convenio BUNKERS 2001 (equivalentes a nuestro art. 387 LNM) puede aplicarse en todo caso o sólo si el sistema en cuestión se categoriza como *navigational aids*, término al que se refieren los convenios internacionales en su lengua oficial⁷⁸. En concreto, la duda proviene de que estas nuevas señales marítimas que se utilizan como medio de comunicación a bordo de los buques se han calificado como *navigational aids* (NAVAID), diferenciándose de los tradicionales faros, boyas y balizas

estos dispositivos de inteligencia artificial que asisten a la navegación. *Vid.* Concienciación sobre la Navegación Oceánica - Proyecto de Navegación Marítima (ocean-navigation-awareness.eu) (05.04.24).

⁷⁷ HONG (2015: 1-3, 21, 48 y 53-61).

⁷⁸ Así lo plantean TSIMPLIS y PAPADAS (2019: 839-840), cuando señalan que los sistemas de información adicionales destinados a facilitar la navegación y la seguridad marítima, así como la forma en que se proporciona dicha información, puede afectar a la responsabilidad del propietario por los daños causados por contaminación. Ello es así porque la aplicación práctica de esta causa de exoneración podría depender de si dichos sistemas se engloban en la categoría de *navigational aids* o en la de *aids to navigation*.

situados fuera del buque, que se engloban en la categoría de *aids to navigation* (ATON). Sin embargo, el primero de dichos términos es el único al que hacen referencia el CLC y el Convenio BUNKERS 2001. Ello genera problemas de interpretación, especialmente porque ninguno de estos convenios lo define ni proporciona información que permita delimitarlo. Además, a diferencia de lo que sucede en otras lenguas oficiales del CLC y del Convenio BUNKERS 2001, como el español y el francés, en inglés ambos términos se utilizan de manera inconsistente y contradictoria para referirse a lo que en nuestro Derecho interno se conoce como «señales marítimas y otras ayudas a la navegación»⁷⁹.

Así se deduce, de hecho, de otros convenios internacionales adoptados en el ámbito marítimo, diferentes del CLC y del Convenio BUNKERS 2001, y, en consecuencia, sucede lo propio en la doctrina⁸⁰ y la jurisprudencia anglosajona⁸¹. A modo de ejemplo, el vocablo *navigational aids* se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (UNCLOS, por sus siglas en inglés)⁸², que permite a los Estados

⁷⁹ Ejemplo de ello son los artículos 25.c) y d), y 26.1.ñ) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011) (en adelante, TRLPMM), cuando enumeran las competencias y funciones de las Autoridades Portuarias, respectivamente; o el artículo 29.1 LNM, a cuyo tenor «[l]os capitanes de los buques están obligados a informar a la Administración Marítima de los fallos o deficiencias que adviertan en las señales marítimas y en otras ayudas a la navegación».

⁸⁰ Vid. *inter alia*, POPP (1993: 118); LAM y LEYZACH (2007: 6), cuando señala que algunos proveedores de sistemas de información y visualización de cartas electrónicas (ECDIS) incluyen en sus catálogos de productos *aids to navigation*; AMATO, F., *et. al.* (2011: 13), que subraya que la información de rutas de tráfico de buques proporcionada por sistemas de identificación automática (AIS) como una mejora en la evaluación de *aids to navigation*, al igual que el radar; o AHMAD FUAD, A. F., *et. al.* (2017: p. 30), al afirmar que «[l]a práctica de navegación actual de utilizar el GPS como medio principal de navegación ha provocado que las *aids to navigation* de largo alcance, como los faros, desempeñen un papel secundario en la navegación». En definitiva, se utiliza el término *aids to navigation* para referirse a los dispositivos de inteligencia artificial que asisten a la navegación cuando en realidad estos se categorizan por la IALA y por la práctica habitual del sector como *navigational aids*, como más adelante se verá.

⁸¹ Como afirman TSIMPLIS, M. y PAPADAS, S. (2019: pp. 840-841), aunque generalmente el término más utilizado por los tribunales es el de *navigational aids*, no parece que su elección se deba a la necesidad de distinguirlo del término *aids to navigation*. Ejemplo de ello son las sentencias de la *England and Wales High Court (Commercial Court)* de 24 de febrero de 2000, en el asunto *Rey Banano del Pacífico CA & Ors v Transportes Navieros Ecuatorianos & Anor*, [2000] EWHC 215 (Comm), en la que se apunta que el estado de las cartas náuticas y de otras *navigational aids* a bordo del buque era obsoleto e inadecuado, además de que las luces que se mostraban en las cartas, por tanto, externas al buque, también estaban disponibles como *navigational aids*; y de 30 de julio de 2013, en el asunto *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd & Ors* («*Ocean Victory*»), [2014] 1 Lloyd's Rep 59, en la que se utiliza dicho término con el de *aids to navigation* indistintamente. En concreto, el primero para señalar que el buque «*Ocean Victory*» estaba equipado «*with the usual navigational aids, including gyro compass, two radars and two GPS*» y enumerar algunas deficiencias en la instalación de los puertos para considerarlos inseguros: «*[t]he absence of navigational aids such as a hauling-off buoy or waling-piece*». En cambio, el segundo también se utiliza para referirse a los factores relevantes que determinan si un buque está expuesto a un peligro que no puede evitarse mediante una buena navegación. Por otra parte, el mismo tribunal, en la sentencia de 25 de junio de 2019, en el asunto *Western Neptune and the St Louis Express*, [2010] 1 Lloyd's Rep. 172 [*non vidi*, reproducida en <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72460d03e7f57ea86be> (05.04.2024)], enumeró las *navigational aids* a bordo del buque, entre ellas: 3 radares, un sistema de información y visualización de cartas electrónicas (ECDIS) y otro de identificación automática (AIS).

⁸² España lo ratificó el 20 de diciembre de 1996 (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997).

promulgar normas relativas al paso inocente por el mar territorial sobre «[l]a protección de las ayudas a la navegación y de otros servicios e instalaciones» [art. 21.1.b)]⁸³, lo que sugiere que se trata de dispositivos externos al buque. Por el contrario, el Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar 1978 (Convenio STCW)⁸⁴ exige para la titulación de los oficiales encargados de la guardia y navegación y de los capitales de buques los conocimientos suficientes para manejar con seguridad todas las *navigational aids* y el equipo náutico instalados «a bordo» [Apéndice de la Regla II, art. 3.1.b)]. En esta línea, dicho convenio califica como *navigational aids* el radar o los dispositivos electrónicos indicadores de posición y cualquier otro equipo que afecte a la seguridad de la navegación del buque [Capítulo II. Regla II, art. I.4.b) (iv)], y las diferencia de las *aids to navigation*, entre las que se incluyen los faros, balizas y boyas, así como las cartas náuticas, cuando exige aptitudes necesarias para determinar la situación del buque [Apéndice de la Regla II, arts. 2.2.b) (ii) y 3.2.b) (iii)].

De lo anterior podría afirmarse que los términos *navigational aids* y *aids to navigation* se utilizan sin distinción, ya que hacen referencia a cualesquiera sistemas o dispositivos destinados a facilitar la navegación y garantizar la seguridad marítima, con independencia de si están situados a bordo o fuera del buque. Esto es, se trata de términos equivalentes. Y así se confirmaría, por poner otro ejemplo, con el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar 1978 (en adelante, Convenio SOLAS)⁸⁵. En efecto, su Regla 14 declara la responsabilidad de los Estados contratantes del establecimiento y mantenimiento de las *aids to navigation*, incluidos radiofaros y ayudas electrónicas, lo que sugiere que son externas al funcionamiento del buque. En cambio, el apartado 2.4 de la Regla 19 de dicho Convenio exige expresamente que determinados buques estén equipados con sistemas de identificación automática (AIS) y, por tanto, que se sitúen a bordo. Asimismo, dichos sistemas han sido categorizados por la OMI como *aids to navigation*, señalando que, cuando se instalan en dispositivos fijos, proporcionan información al navegante (*inter alia*, condiciones meteorológicas y de visibilidad). No obstante, también pueden instalarse en un radar, lo que permite realizar el seguimiento de los buques de forma continua y automatizada, por tanto, externos al buque⁸⁶.

⁸³ En inglés: «[t]he protection of navigational aids and facilities and other facilities or installations».

⁸⁴ España se adhirió el 11 de octubre de 1980 (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 1984).

⁸⁵ España lo ratificó el 19 de mayo de 1980 (BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980).

⁸⁶ IMO Resolution A.1106(29) adopted on 2 December 2015, *Revised guidelines for the onboard operational use of shipborne automatic identification systems (AIS)*, p. 14, [https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Safety/Documents/AIS/Resolution%20A.1106\(29\).pdf](https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Safety/Documents/AIS/Resolution%20A.1106(29).pdf) (05.04.2024).

Con todo, aunque en principio pudiera defenderse que estamos ante términos equivalentes, la situación de acuerdo con la práctica usualmente seguida en el sector es otra. En efecto, a falta de interpretación y en aras de una mayor claridad, la IALA —como organización internacional que ostenta la responsabilidad de coordinar la mejora continua y armonización de las ayudas a la navegación y otros servicios relacionados— ha venido diferenciando ambos términos, precisamente, en función de dónde esté localizado el dispositivo. Así, mientras que las *navigational aids* se definen como cualesquiera instrumentos, dispositivos o cartas que se llevan a bordo del buque para facilitar la navegación, las *aids to navigation* engloban cualquier dispositivo, sistema o servicio externo a los buques, diseñado y operado para mejorar la navegación segura y eficiente de los buques y/o del tráfico marítimo, como las luces, boyas o sistemas de balizamiento⁸⁷. Por tanto, siguiendo estas definiciones, quedaría desvirtuado lo anterior, en el sentido de que no se trata de términos equivalentes, sino excluyentes. De hecho, así lo señala expresamente la IALA, al considerar que, en ningún caso, las *aids to navigation* deben confundirse con las *navigational aids*⁸⁸.

III.2.2. Una interpretación conforme a la realidad actual

La aclaración terminológica efectuada por la IALA plantea, a su vez, un nuevo interrogante. Y es que, como se ha adelantado, tanto el CLC como el Convenio BUNKERS 2001, en sus versiones en inglés, se refieren exclusivamente al término *navigational aids*. Por tanto, cabe preguntarse si, aun entendiéndose en la práctica que se tratan de términos excluyentes, sería igualmente aplicable el supuesto de exoneración de responsabilidad del propietario del buque contenido en la normativa internacional cuando el daño por contaminación sea causado por un actuar negligente del responsable de un dispositivo, sistema o servicio externo al buque, diseñado y operado para mejorar la navegación (*aids to navigation*). O si, por el contrario, dicho supuesto solo resultaría

⁸⁷ Vid. IALA, NAVGUIDE. *Marine aids to navigation manual*, 9th ed., 2023, p. 39, <https://www.iala-aism.org/product/m0001/?download=true> (05.04.2024). En su amplia labor, la IALA no solo fomenta y facilita la adopción de normas en materia de ayudas a la navegación marítima, sino que también publica recomendaciones, guías y manuales en beneficio de la comunidad marítima. De hecho, hoy en día se reconoce la obligatoriedad de las recomendaciones internacionales, entre ellas, las de la IALA, siendo la NAVGUIDE uno de los documentos técnicos más relevantes que publica con una periodicidad cuatrienal. Así deriva de la Regla 13 del Capítulo V del Convenio SOLAS, cuyo apartado 2 establece que: «[c]on el objeto de lograr que las ayudas a la navegación sean lo más uniformes posible, los Gobiernos Contratantes [están obligados] a tener en cuenta las recomendaciones y directrices internacionales al establecer dichas ayudas a la navegación».

⁸⁸ Ibid.

aplicable cuando se trate de instrumentos, dispositivos o cartas a bordo del buque (*navigational aids*).

Como es sabido, los tratados internacionales deben interpretarse en sus propios términos, acudiendo a principios generalmente aceptados para llegar a resultados uniformes, debiendo acudir para ello a las reglas generales de interpretación contenidas en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969 (en adelante, Convenio de Viena)⁸⁹. Así lo exige, concretamente, su artículo 33.1, a cuyo tenor, cuando los tratados estén autenticados en dos o más idiomas —como es el caso del CLC y del Convenio BUNKERS 2001⁹⁰—, «el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos» (art. 33.1). Para ello, deberán interpretarse «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en [su] contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin» (art. 31.1)⁹¹. Asimismo, deberán tenerse en cuenta los acuerdos posteriores entre las partes acerca de la interpretación o aplicación del tratado, las prácticas seguidas en la aplicación del tratado de las que se derive el acuerdo de las partes acerca de su interpretación y las formas de Derecho Internacional aplicables en las relaciones entre las partes; y solo si consta que esa fue la intención de las partes, se dará a un término un sentido especial (art. 31.3 y 4). En fin, como medios complementarios, también podrá recurrirse para su interpretación a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración (art. 32).

Pues bien, es indubitado que el objeto principal tanto del CLC como del Convenio BUNKERS 2001 es establecer un sistema de responsabilidad objetiva que garantice la indemnización adecuada, puntual y efectiva de las personas afectadas por daños debidos a todos los tipos de contaminación por hidrocarburos, vinculada a una limitación adecuada del nivel de dicha responsabilidad. Tras un largo debate, *inter alia*, sobre la base de la responsabilidad de los daños debidos a contaminación por hidrocarburos, se adoptó

⁸⁹ España se adhirió mediante Instrumento de 2 de mayo de 1972 (*BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980).

⁹⁰ En efecto, el Convenio CLC fue redactado en un solo original en los idiomas francés e inglés y dispuso que ambos textos tendrían la misma autenticidad, siendo depositados con el original traducciones oficiales en español y ruso (art. 21). Por su parte, el Convenio BUNKERS 2001 fue redactado en un solo original en los idiomas árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, y dispuso que cada uno de los textos tendría igual autenticidad (art. 19).

⁹¹ En concreto, el contexto comprende el texto, el preámbulo y los anexos, así como todos los acuerdos referentes al tratado celebrados por todas las partes y los instrumentos formulados por una o más partes y aceptados por las demás, con motivo de su celebración (art. 31.2 Convenio de Viena).

en el contexto del CLC, cuyas líneas fueron seguidas por el Convenio BUNKERS 2001⁹², una solución de compromiso acordando que la responsabilidad debía ser objetiva (*strict liability*), no subjetiva (*fault liability*), pero tampoco absoluta. Por esta razón, se optó por introducir el apartado 2 del artículo III CLC, cuyo tenor literal se reprodujo en el artículo 3.4 del Convenio BUNKERS 2001, que exoneran de responsabilidad al propietario del buque ante la concurrencia de determinadas circunstancias que interfieren en la relación de causalidad entre el hecho del agente/contaminador y el daño producido/contaminación. Sin embargo, el supuesto que aquí nos ocupa, circunscrito al actuar negligente o lesivo de un Gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación, no figuró en el borrador elaborado por el *Legal Committee* hasta que finalmente se incorporó a propuesta del Reino Unido, sin objeción ni discusión⁹³.

Tampoco el concepto «otras ayudas a la navegación» (*other navigational aids*) está definido en los convenios internacionales ni en otros instrumentos adoptados con ocasión de su celebración, ni este supuesto de exoneración ha sido objeto de análisis en la práctica seguida en la aplicación de ambos convenios. Al contrario, su interpretación solo se abordó, al menos exhaustivamente, por el Tribunal Supremo sueco en el conocido asunto «*Tsesis*»⁹⁴, en el que se sostuvo, aunque sin unanimidad, que las cartas náuticas se engloban en dicho concepto, con la consiguiente exoneración de responsabilidad del propietario del buque que encalló en una roca que no figuraba en la carta náutica. Para ello, debió constatar que los daños eran imputables exclusivamente a una acción u omisión de la autoridad sueca responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación. Y es que, en todo caso, la aplicación en la práctica de esta causa de exoneración de responsabilidad del propietario del buque (o de su armador, según nuestro Derecho interno) requiere una interpretación del término en inglés «*navigational aids*»

⁹² La necesidad de adoptar el Convenio BUNKERS 2001 para garantizar una indemnización adecuada, puntual y efectiva de las personas afectadas por daños debidos a vertidos de hidrocarburos para combustible procedentes de los buques ya se reconoció en el borrador del CLC (1969). No obstante, no fue hasta el año 2001 cuando finalmente se adoptó. Con ambos, en definitiva, se busca establecer una responsabilidad objetiva para todos los tipos de contaminación por hidrocarburos que esté vinculada a una limitación adecuada del nivel de dicha responsabilidad. *Vid.* Preliminary Draft of 10th July 1968, contenido en CMI 1968 Documentation IV, pp. 132 y ss., <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/1968-DOCUMENTATION-IV.pdf> (05.04.2024); CMI 1970 Documentation I, pp. 124 y ss., <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/1970-DOCUMENTATION-I-TOKYO.pdf> (05.04.2024).

⁹³ LEG/CONF/C.2/WP.35, *Official Records of the International Legal Conference on Marine Pollution Damage*, 1969, p. 579. *Non vidi*, citado en BERLINGIERI (2015: 135).

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Sueco (*Högsta Domstolen*), de 13 de enero de 1983, *Sweden vs. Latvian Shipping* (asunto *Tsesis*). *Non vidi*, analizada en TIBERG (1984: 218-226).

contenido en el Derecho uniforme conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicado (en nuestro Derecho interno, art. 3.1 CC).

En efecto, es cierto que del tenor literal de los artículos III.2 CLC y 3.4 Convenio BUNKERS 2001 [«(...) *lights or other navigational aids in the exercise of that function*»] podría deducirse que la exoneración de responsabilidad solo opera cuando logre probarse que los daños por contaminación fueron causados exclusivamente por una actuación u omisión negligente en el mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación similares, por tanto, externas al buque⁹⁵. Sin embargo, esta interpretación no solo contrastaría igualmente con el significado que ha dado la IALA de ambos términos y que sigue la práctica habitual del sector, sino que, además, conculcaría los principios que rigen estas normas. Como se ha señalado, sus disposiciones tratan de maximizar su eficacia indemnizatoria y garantizar una adecuada compensación a las víctimas. Por ello, pivotan sobre el principio de quien contamina e incluyen entre sus elementos esenciales la identificación de un sujeto responsable fácilmente localizable, esto es, el propietario del buque (o su armador, según nuestra LNM) y un régimen de responsabilidad objetiva atenuada. Estos serán los responsables de los daños por contaminación, en todo caso, razón por la que también se prevé su derecho de repetición frente a quien hubiese ocasionado el daño. Y solo excepcionalmente tal responsabilidad decae, en concreto, cuando se constate que el siniestro ha sido debido a causas que le son ajenas o es imputable a un tercero, incluido un Gobierno o una autoridad pública.

Efectuar una interpretación restrictiva de esta causa de exoneración, al considerar que su aplicación dependerá de dónde se encuentre localizada la ayuda a la navegación en cuestión, supondría ir en contra del propósito del legislador, que también trata de proteger al propietario del buque ante situaciones que escapan a su control y logre probarse la ausencia de negligencia causal por su parte. Y ello al imputar responsabilidad al propietario del buque incluso en aquellos supuestos en los que el Estado ha podido ser el único que ha contribuido en la causación de los daños, siendo estos, además, los principales perjudicados y, por ende, demandantes en este tipo de incidentes. Por ello, siguiendo el precedente establecido en el asunto «*Tsesis*», se ha considerado que el término *navigational aids* debe efectuarse en sentido amplio, incluyendo cualesquiera sistemas o dispositivos que asisten a la navegación, sin importar si son físicos o fuentes

⁹⁵ Así lo deduce TIBERG (1984: 224) de una lectura semántica del precepto, cuando señala que «(...) *the excepted aids must be “light-like” and subject to “maintenance” in the ordinary and natural sense of the word*».

de información que sirven de medio de comunicación, así como su localización (externos o a bordo de los buques)⁹⁶, siempre que estén o puedan estar sujetos a «mantenimiento» por un Gobierno o una autoridad responsable en el ejercicio de dicha función. Esto es, «[e]l conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que (...) puedan seguir funcionando adecuadamente»⁹⁷, como parte de la obligación de los Estados de velar por la seguridad de la navegación, una función pública destinada a la salvaguarda del interés general⁹⁸. Así, por ejemplo, en el asunto «*Tsesis*» se concretó en la falta de actualización de las cartas náuticas⁹⁹, así como de regulación de la luz del faro¹⁰⁰.

Se trata, en definitiva, de una interpretación legal que contrasta con la distinción entre *navigational aids* y *aids to navigation* en función de la localización del dispositivo y que amplía el alcance de la causa de exoneración contenida en los artículos III.2 CLC y 3.4 Convenio BUNKERS 2001¹⁰¹. Sin embargo, refleja un enfoque justo y evolutivo que considera el sentido corriente que debe atribuirse a los términos de los tratados internacionales en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1 Convención de Viena) o, en nuestro Derecho interno, la realidad social del momento en que deben ser aplicados (art. 3.1 CC), sobre todo considerando que en el momento de su adopción no se pudo anticipar que la innovación y el desarrollo tecnológico en el sector darían lugar a nuevos sistemas de inteligencia artificial que asisten a la navegación y complementan a las señales tradicionales en beneficio de la eficiencia y seguridad marítima.

⁹⁶ TSIMPLIS y PAPADAS (2019: 841-842).

⁹⁷ Vid. segunda acepción de la entrada correspondiente del término en la Real Academia Española de la Lengua (RAE). En inglés, el término «maintenance» se define en el *Cambridge Dictionary* como «[t]he activity of keeping [something] in good condition by checking it regularly and repairing it when necessary», entre otras acepciones.

⁹⁸ De hecho, siguiendo las definiciones del Diccionario de la IALA, proveedor de ayudas a la navegación es o puede ser cualquier organización, pública o privada, que deba desplegarla como parte de sus funciones, mientras que la autoridad competente es aquella a la que el Gobierno hace responsable, total o parcialmente, de la seguridad y la eficiencia de la prestación de servicios de ayuda a la navegación y la protección del medio ambiente marino. Vid. entradas «*AtoN provider*» y «*Competent Authority (AtoN)*», respectivamente, https://www.iala-aism.org/wiki/dictionary/index.php/Category:Alphabetical_Index (05.04.2024).

⁹⁹ En concreto, como afirma TIBERG (1984: 221), «[t]he activity of collecting them (new data) was equivalent to chart work and required the same degree of care».

¹⁰⁰ Esto es, una estructura de diseño tradicional o moderno que puede proporcionar una marca diurna para la identificación de día y una luz de noche, que puede ser blanca, roja o verde. Ahora bien, también pueden constituir una plataforma para otras *aids to navigation*, como un sistema global diferencial de navegación por satélite (GNSS) u otros sistemas de ayuda a la navegación. Vid. IALA, *The IALA Maritime Buoyage System (MBS)*, R1001, 2023, p. 22, <https://www.iala-aism.org/product/r1001/?download=true> (05.04.2024). Al respecto, TIBERG (1984: 220).

¹⁰¹ Al respecto, TSIMPLIS y PAPADAS (2019: 840 y 843) subrayan que este «*functional approach*» extiende el alcance de la exoneración al quedar incluidos en el concepto *navigational aids* todos los dispositivos, sistemas o servicios, externos o no al buque, diseñados y operados para mejorar la navegación, sin que distinción efectuada por la IALA de *navigational aids* y *aids to navigation* en un intento de superar esta confusión deba utilizarse para interpretar los artículos III.2 CLC y 3.4 Convenio BUNKERS 2001. Y es que, como compartimos, «(...) *an evolutionary approach is the only approach that make sense*».

III.3. Relación de causalidad y problemas de causalidad concurrente

Los artículos III.2 CLC y 3.4 Convenio BUNKERS 2001 disponen que el supuesto de exoneración solo será aplicable cuando se pruebe los daños por hidrocarburos fueron «totalmente causados» (*wholly caused*) por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función. Es cierto que el régimen contenido en la LNM no reproduce *verbatim* su equivalente en las versiones españolas del CLC y del Convenio BUNKERS 2001. Por el contrario, el artículo 386.1 LNM exonera de responsabilidad al armador del buque si prueba que «los daños han sido causados» por la negligencia de cualquier autoridad que sea responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación. Con todo, parece lógico que su interpretación se efectúe en el sentido de los textos internacionales.

De lo anterior resulta, por tanto, que no cabe concurrencia de causas¹⁰², esto es, la concurrencia de dos conductas relevantes en la causación de los daños que determinan la necesidad de compensarlas y disminuir el alcance de la indemnización¹⁰³. Al contrario, no es posible invocar este supuesto de exoneración cuando los daños se deban también a otra causa contribuyente como, por ejemplo, un accidente del propio buque, un actuar negligente de la dotación a bordo del buque o incluso de otro buque con el que colisionó y causó el accidente del que se derivaron los daños por contaminación.

En este escenario, no puede negarse que los riesgos asociados a las tecnologías de la información como medio de comunicación a bordo de los buques pueden dar lugar a distintas alternativas. Y es que uno de los principales riesgos asociados al empleo de dispositivos o sistemas basados en inteligencia artificial como ayudas a la navegación deriva de su dependencia del suministro de los datos necesarios para su funcionamiento y de las comunicaciones para su transmisión y recepción. Ello obliga a determinar caso por caso el vínculo de la responsabilidad entre el agente material del daño y la obligación de reparar ese daño. La razón es que la aplicación de esta causa de exoneración dependerá, en todo caso, de que el propietario del buque o su armador prueben que la causa directa de los daños fue la actuación u omisión negligente de un Gobierno o una autoridad

¹⁰² Cfr., TSIMPLIS (2021: 415) y FERNÁNDEZ-QUIRÓS (2003: 61).

¹⁰³ Vid. YZQUIERDO TOLSADA (2018: 243).

responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación y que ningún otro factor o sujeto intervino en los daños ecológicos resultantes del siniestro.

En efecto, solo cuando logre probarse que la información a bordo del buque se proporciona por un Gobierno o una autoridad responsable de su mantenimiento y que existe una acción u omisión negligente por su parte en el ejercicio de dicha función, será posible que decaiga la responsabilidad del propietario o de su armador en aplicación de esta causa de exoneración. Sin embargo, no deberá haber contribuido en los daños por contaminación ninguna otra circunstancia que interfiera en el nexo causal, como podría ser un fallo técnico del sistema o dispositivo que funciona como ayuda a la navegación o un error en su uso debido a factores humanos, ya sea por una mala interpretación de la información recibida, ya sea por un exceso de confianza en la tecnología. En el primer caso, el propietario del buque o su armador deberán igualmente resarcir de los daños causados a las personas afectadas por daños debidos a vertidos de hidrocarburos, dejando a salvo su derecho de repetición frente al culpable del hecho que haya originado la responsabilidad¹⁰⁴. En el segundo caso, la exención resultará aplicable solo si logra probarse la ausencia de negligencia causal por su parte.

Pues bien, aunque hasta el momento este supuesto de exoneración ha sido escasamente aplicado en la práctica —más allá del mencionado asunto «*Tsesis*»— pueden plantearse en relación con este último caso distintas hipótesis. Así, por ejemplo, no habrá lugar a dudas de que la responsabilidad podría recaer sobre el propietario del buque o su armador cuando la información se reciba a bordo del buque a través de un radar y la causa contribuyente del siniestro se deba a una mala interpretación de la señal, sobre todo, si se tiene en cuenta que el Convenio STCW exige para la titulación de los oficiales encargados de la guardia y navegación y de los capitales de buques los conocimientos suficientes para manejar con seguridad todas las ayudas a la navegación y el equipo náutico instalados a bordo de los buques [Apéndice de la Regla II, art. 3.1.b)]¹⁰⁵.

¹⁰⁴ En este caso podrían interponerse las correspondientes acciones de responsabilidad civil frente al proveedor de ayudas a la navegación que, como se ha señalado, puede ser cualquier organización, pública o privada, que la despliegue como parte de sus funciones. Ahora bien, estas acciones no se regirán por el régimen de responsabilidad civil por daños por contaminación marítima abordado en este estudio, sino por aquel contenido en las nuevas normas de responsabilidad aplicables a los productos y a la inteligencia artificial que se están desarrollando a nivel europeo.

¹⁰⁵ Por ejemplo, se identificó el exceso de confianza en el radar como causa contribuyente en la colisión entre los buques «*Bunga Orkid Tiga*» y «*Stella VII*» en 2004, entre otras. Vid. Australian Transport Safety Bureau, «Collision near Creech Reef in the Great», *Barrier Reef Marine Safety Investigation Report*, núm. 199, disponible en https://www.atsb.gov.au/sites/default/files/media/25093/mair199_001.pdf (05.04.24).

En cambio, más dudas pueden plantear otros supuestos en los intervengan otros factores o sujetos en la cadena de sucesos que originan el daño. Así sucedería, por ejemplo, cuando se utilice un sistema de navegación por satélite (GNSS) que proporciona información sobre la ubicación de un buque y dicha información se transmita a otros buques a través de sistemas de identificación automática (AIS). Dichos sistemas permiten a los oficiales de guardia recibir información través de un radar a bordo de los buques para garantizar la seguridad marítima, información que puede mostrarse sobre un sistema de las cartas náuticas electrónicas (ENC). Es cierto que con ellos se muestra más información que la que se recibe a través del radar, que tiene un radio determinado próximo. Sin embargo, podría suceder que la información recibida fuera errónea o que se hiciera un uso aislado del dispositivo respecto de otras ayudas a la navegación¹⁰⁶. Este último aspecto es, de hecho, uno de los principales riesgos asociados al empleo de estos sistemas, en especial, porque solo muestran información sobre los buques que disponen de ellos¹⁰⁷. Pues bien, si se efectuase un uso aislado del sistema de identificación automática, podría atribuirse responsabilidad al propietario del buque receptor o su armador en función de las circunstancias concretas del caso, de modo que la exención no resultaría aplicable. Ahora bien, su aplicación podría depender de que el error en la transmisión de la información emitida a través de este tipo de dispositivos que asisten a la navegación se deba, como se ha señalado, a una acción u omisión del Gobierno o autoridad responsable de su mantenimiento. En consecuencia, será necesario acreditar la conexión causal entre los daños por contaminación y el actuar negligente o lesivo de un Gobierno o de una autoridad a quien este le haya transferido competencias o funciones específicas en materia de gestión y mantenimiento de ayudas a la navegación, entendiendo por una actuación negligente aquella que suponga una falta de diligencia

¹⁰⁶ Estos riesgos en la utilización de los sistemas de identificación automática (AIS) se mencionan en la England and Wales High Court (Commercial Court) de 9 de noviembre de 2006, en el asunto *Eleftheria, Owners & Demise Charterers of v Hakki Deval, Owners & Demise Charterer*, [2006] EWHC 2809 (Comm), apdos. 22 a 25, que dirimió una acción de responsabilidad como consecuencia de la colisión entre los buques «Eleftheria» y «Hakki Deval» el 6 de junio de 2006 en el mar mediterráneo, cerca de la costa de Argelia. Entre las causas contribuyentes del accidente se consideró una mala vigilancia, al no hacer un seguimiento adecuado del progreso de los buques mediante observaciones sistemáticas del radar. Ambos buques estaban equipados con sistemas de identificación automática (AIS), en cumplimiento de la obligación impuesta por el Capítulo V del Convenio SOLAS. Si bien poco o nada vislumbra la sentencia en el sentido que aquí nos ocupa, destaca que dichos dispositivos, ya sean instalados en un radar o como elementos independientes, proporcionan información de navegación especialmente relevante para los oficiales de guardia (*inter alia*, la posición geográfica de un buque, su rumbo y su velocidad). No obstante, no hacerse un uso preferente o aislado de estos sistemas de inteligencia artificial frente a otras ayudas a la navegación. Y es que una navegación segura requiere, en todo caso, seguir una vigilancia visual y de radar alerta y sistemática.

¹⁰⁷ <http://www.embarcacionde.es/ais-a-bordo.html> (05.04.24).

debida en el ejercicio de dichas funciones públicas, esto es, la acción u omisión de aquella que exija la naturaleza de la obligación (en nuestro Derecho interno, art. 1104 CC).

En fin, para determinar la autoridad responsable del mantenimiento de las ayudas a la navegación, deberá acudir a los sistemas nacionales de señalización marítima. Al respecto, debe destacarse que en España el servicio de señalización marítima se regula en el artículo 137 TRLPEMM¹⁰⁸. Dicho precepto prevé que «el servicio de señalización marítima gestionado por los organismos portuarios tiene como objeto la instalación, mantenimiento, control e inspección de dispositivos visuales, acústicos, electrónicos o radioeléctricos, activos o pasivos, destinados a mejorar la seguridad de la navegación y los movimientos de los buques en el mar litoral español y, en su caso, confirmar la posición de los buques en navegación». Por tanto, en lo que aquí interesa, cabe señalar, por un lado, que el servicio de señalización marítima engloba la instalación, mantenimiento, control e inspección de todo el conjunto de señales de ayuda a la navegación marítima, con independencia de su naturaleza. Esto es, se incluyen los nuevos mecanismos de ayuda a la navegación que se han desarrollado con el paso del tiempo, aunque no se mencionen expresamente, y de su ubicación, a bordo o no del buque, al referirse tanto los dispositivos activos como pasivos. Por otro lado, la titularidad y el régimen de prestación del servicio de señalización marítima se atribuye con carácter general a los organismos portuarios, esto es, a las Autoridades Portuarias, que son los titulares de su gestión y prestación, ya que tienen atribuidas competencias de planificación, construcción, conservación y gestión de las señales marítimas, y funciones de instalación y mantenimiento de la señalización, balizamiento y otras ayudas a la navegación [arts. 25.c) y 26.1.q) TRLPEMM]¹⁰⁹. Por tanto, habrá que estar al deber de diligencia empleado en el ejercicio de una actividad administrativa específica, que consiste en la prestación de un servicio público destinado a satisfacer el interés general y al cumplimiento o no de todas las obligaciones que tienen atribuidas de acuerdo con la normativa vigente para considerar la posibilidad de aplicar esta causa de exoneración y, en su caso, poder interponer las correspondientes acciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

¹⁰⁸ *Cit. supra*, nota 58.

¹⁰⁹ El servicio de señalización marítima, balizamiento y otras ayudas a la navegación, como servicio general que se presta en los puertos españoles de interés general, se abordó en VICENTE MAMPEL, C. (2023): pp. 976-989), por lo que cabe remitirse allí para un análisis más detallado de la cuestión.

IV. CONCLUSIONES

La aparición de nuevas ayudas a la navegación a causa de la innovación y el desarrollo tecnológico en el sector marítimo, concretamente, aquellas que se utilizan como medio de comunicación a bordo de los buques en aras de facilitar la navegación y garantizar la seguridad, y, por ende, la prevención de la contaminación del medio marino, ha requerido una reinterpretación del régimen de responsabilidad civil por contaminación marítima, a fin de corroborar si la normativa vigente resulta incompatible o contradictoria con la práctica actual. En concreto, las dudas se plantean en relación con los accidentes y la seguridad asociada con el uso de estos y otros sistemas de ayuda a la navegación, al tratarse de factores que han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del propietario del buque (según el Derecho uniforme) o de su armador (según el Derecho interno) por la contaminación del medio marino. La razón es que tal responsabilidad decae cuando el siniestro sea imputable exclusivamente a la actuación u omisión de un Gobierno o de una autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación.

En este contexto, se ha analizado la escasa aplicación en la práctica de esta causa de exoneración, de la que se infiere que su aplicación obliga a efectuar una interpretación amplia del término en inglés «*navigational aids*» contenido en el Derecho uniforme. Y ello a pesar de la diferenciación que la IALA ha efectuado de este término respecto del de «*aids to navigation*», siguiendo la práctica habitual del sector. En efecto, la distinción de ambos términos en función de la localización del dispositivo que asiste a la navegación no puede tomarse en consideración a la hora de valorar si resulta aplicable o no esta causa de exoneración, ya que lo supondría contravenir los esquemas de compensación contenidos en los regímenes de responsabilidad analizados. Ello sería así, en esencia, al permitir imputar responsabilidad al propietario del buque ante situaciones que se escapan a su control, incluso cuando el Estado ha podido ser el único agente que ha contribuido en la causación de los daños. Por otra parte, los riesgos asociados al empleo de estos dispositivos de inteligencia artificial obligan a analizar la posibilidad de que otros factores o sujetos intervengan en el hecho generador del daño por contaminación, pues ello puede originar problemas de causalidad concurrente. En todo caso, la exención será aplicable y, en consecuencia, la responsabilidad del propietario del buque o de su armador decaerá solo cuando logre probarse que la causa directa de los daños fue la actuación u omisión negligente de un Gobierno o una autoridad responsable del mantenimiento de luces u

otras ayudas a la navegación y que ningún otro factor o sujeto intervino en los daños ecológicos resultantes del siniestro, con los problemas que ello plantea, ya expuestos.

Sea como fuere, no es inusual en la práctica habitual que surjan problemas a la hora de aplicar los convenios internacionales, en especial, cuando dan situaciones que no estaban previstas, ni podían estarlo, cuando se redactaron, como aquí ocurre. Con todo, lo lógico es que su adaptación requiera una interpretación que siga el sentido corriente que debe atribuirse a sus propios términos en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1 Convención de Viena) o, en nuestro Derecho interno, a la realidad social del momento en que deben ser aplicados (art. 3.1 CC), en aras de otorgar mayor seguridad jurídica.

Bibliografía

- AHMAD FUAD, A. F., *et. al.* (2017). «Proposed Minimum Luminous Range for Existing Lighthouses in This Age of Global Navigation Satellite Systems by Using the Correlation between Light Intensity and Luminous Range», *International Journal of e-Navigation and Maritime Economy*, núm. 6 (pp. 29-36).
- ALBA FERNÁNDEZ, M. (2021). «Buque navegados por control remoto y buques autónomos en la evolución futura del derecho de la navegación marítima», *Rdt*, núm. 28 (pp. 59-117).
- AMATO, F., *et. al.* (2011). «e-Navigation and Future Trend in Navigation», *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, vol. 5, núm. 1 (pp. 11-14).
- ARROYO MARTÍNEZ, I. (2009). «Para este viaje no se necesitan alforjas: el caso *Prestige*. Comentario a la Sentencia de 2 de enero de 2008 de la Corte del Distrito Sur de Nueva York», *ADM*, núm. 26 (pp. 81-100).
- ARROYO MARTÍNEZ, I. (2015), *Curso de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- ARROYO MARTÍNEZ, I. (2017). *Compendio de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid.
- BAENA BAENA, P. J. (2004). «Reflexiones sobre la responsabilidad civil por daños causados por contaminación marítima de hidrocarburos», *Derecho de los negocios*, núm. 161 (pp. 5-17).
- BERLINGIERI, F. (2015). *International Maritime Conventions: Volume 3. Protection of the marine environment*, Routledge, London.

- DA COSTA GOMES, M. J. (2018). «O regime da responsabilidade civil na convenção bancas (Bunker oil). Breves notas», en J. L. García-Pita y Lastres y M.^a R. Quintáns Eiras (dirs.), *El Derecho Marítimo de los. Nuevos tiempos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) (pp. 821-844).
- FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T. (2003). «Responsabilidad civil por daños derivados de la contaminación marítima por hidrocarburos: algunas consideraciones generales a propósito del “Prestige”», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5 (pp. 57-69)
https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1054/documento/05Quiros.pdf?i_d=2014 (26.02.24).
- GABALDÓN GARCÍA, J. L. (2012). *Curso de derecho Marítimo Internacional*, Marcial Pons, Madrid.
- GABALDÓN GARCÍA, J. L. y RUIZ SOROA, J. M.^a (2006). *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L. (2021). «Acción directa y limitación de responsabilidad del asegurador, en supuestos de daños ocasionados por vertidos de hidrocarburos, en el medio marino [Segunda Parte]», en J. L. García-Pita y Lastres, A. Díaz de la Rosa y M.^a R. Quintans (dirs.), *El derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 995-1054).
- GILABERT GASCÓN, A. (2022), «El caso “Prestige” en el año de su vigésimo aniversario», *RDSFin*, núm. 4 (pp. 241-272).
- HONG, S. B. (2015). *A study on the effects of e-navigation on reducing vessel accidents*, The Maritime Commons: Digital Repository of the World Maritime University, Dissertations,
https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1501&context=all_dissertations (05.04.24).
- LAM, S. y LEYZACH, A. (2007). «Integrating GIS, ECDIS and Web-based Marine Information System for Maritime Navigation and Coastal Protection», *FIG Working Week. Strategic Integration of Surveying Services*,
https://www.fig.net/resources/proceedings/fig_proceedings/fig2007/papers/ts_7f/ts07f_02_lam_leyzack_2230.pdf (05.04.24).
- LÓPEZ QUIROGA, J. (2015). «Capítulo XXV. La responsabilidad civil por contaminación en la Ley de Navegación Marítima», en Asociación Española de

- Derecho Marítimo (coord.), *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid (pp. 339-355).
- MARTÍN OSANTE, J. M. (2016.b). «Penalties for Discharges of Polluting Substances from Ships», *Riv. dir. nav.*, núm. 2 (pp. 543-560).
- MARTÍN OSANTE, J. M. (2016), «Los accidentes de la navegación», en A. B. Campuzano y E. Sanjuán (dirs.), *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 353-415).
- MELNYK, O., *et. al.* (2023). «Marine Incidents Management and Information Exchange Technologies in the Process of Safe Ship Operation», *International Journal of Computer Science and Network Security*, Vol. 23, núm. 1 (pp. 64-70).
- PETIT LAVALL, M.^a V. (2022). «Régimen jurídico de las sociedades de clasificación», *Rdt*, núm. 30 (pp. 47-62).
- POPP, Q. C. (1993). «Chapter 10. A north american perspective on liability and compensation for oil pollution caused by ships», en C. de la Rue (ed.), *Liability for damage to the marine environment*, Lloyd's of London Press, Reino Unido (pp. 109-129).
- PULIDO BEGINES, J. L. (2015). *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid.
- PULIDO BEGINES, J. L. (2016). «Capítulo V. De la responsabilidad civil por contaminación», en I. Arroyo Martínez y J. A. Rueda Martínez (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1172-1180).
- PULIDO BEGINES, J. L., PETIT LAVALL, M.^a V., PUETZ, A. (2018). *Transport Law in Spain*, 2nd ed., Wolters Kluwer, The Netherlands.
- RODRÍGUEZ DOCAMPO, M.^a J. (2017). «Sujetos responsables por contaminación marítima en la Ley de Navegación Marítima», en P. J. Baena Baena y N. López Santana (dir.), *Estudios sobre la responsabilidad de los operadores de transporte en la Ley de Navegación Marítima*, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 403-445).
- SMITH, L. J. (2015). «Chapter 10: Legal aspects of satellite navigation», en F. G. Von der Dunk y F. Tronchetti (eds.), *Handbook of Space Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Limited (pp. 554–617).
- TIBERG, H. (1984). «Oil Pollution of the sea and the swedish “Tsesis” decision», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* (pp. 218-226).

- TSIMPLIS, M. (2021). «Chapter 10. Marine pollution from shipping activities», en Y. Baatz (ed.), *Maritime Law*, 5th ed., Routledge, New York (pp. 403-464).
- TSIMPLIS, M. y PAPADAS, S. (2019). «Information Technology in Navigation: Problems in Legal Implementation and Liability», *The Journal of Navigation*, vol. 72, núm. 4 (pp. 833-849).
- VICENTE MAMPEL, C. (2023). «Comentario al Artículo 137. Concepto y Regulación («Servicio de señalización marítima»)», en M.^a V. PETIT LAVALL, *et. al.*, (dirs.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y normativa de desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 976-989).
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 4^a ed., Dykinson, Madrid.
- ZUNARELLI, S. y COMENALE PINTO, M. M. (2023). *Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti*, 5.^a ed., Wolters Kluwer Italia, Milán.
- ZURUTUZA ARIGUITA, I. (2019). «El régimen de la responsabilidad civil por contaminación marina en la Ley de Navegación Marítima», en A. Empananza Sobejano y J. M. Martín Osante (dirs.), *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica*, Marcial Pons, Madrid (pp. 543-567).

Relación jurisprudencial

España

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^ª)

STS 865/2015, de 14 de enero (RJ 2016, 4120).

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^ª)

SAN 3700/2006, de 20 de septiembre (ECLI:ES:AN:2006:3700).

Audiencia Provincial A Coruña (Sección 3.^ª)

SAP A Coruña 1157/1997, de 18 de junio (ECLI:ES:APC:1997:1157).

Juzgado de lo Penal A Coruña (Sección 2.^ª)

SJP A Coruña 554/1996, de 20 de abril (ECLI:ES:JP:1996:1).

Francia

Cour de Cassation

Sentencia de 25 de septiembre de 2012 (10.82.938).

Inglaterra y Gales / Reino Unido

Hight Court (Commercial Court)

Sentencia de 24 de febrero de 2000, *Rey Banano del Pacífico CA & Ors v Transportes Navieros Ecuatorianos & Anor*, [2000] EWHC 215 (Comm).

Sentencia de 9 de noviembre de 2006, *Eleftheria, Owners & Demise Charterers of v Hakki Deval, Owners & Demise Charterer*, [2006] EWHC 2809 (Comm).

Sentencia de 30 de julio de 2013, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd & Ors* («*Ocean Victory*»), [2014] 1 Lloyd's Rep 59.

Sentencia de 25 de junio de 2019, en el asunto *Western Neptune and the St Louis Express*, [2010] 1 Lloyd's Rep. 172.

Nueva York

United States District Court, S.D.

Sentencia de 2 de enero de 2008, *Reino de España v. American Bureau of Shipping, Inc.*, 528 F. Supp. 2d 455 (S.D.N.Y. 2008).

Unión Europea

Tribunal de Justicia

STJUE de 24 de junio de 2008, asunto C-188/07, *Commune de Mesquer c. Total France SA* (ECLI:EU:C:2008:359).

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (VIII): ENERO-ABRIL 2024

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. (2024).

Crónica jurisprudencial (VIII): enero – abril 2024

Cuadernos de Derecho Privado, 8, pp. 155-172

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.59>

(Recepción: 15/04/2024; aceptación: 29/04/2024; publicación: 30/04/2024)

Resumen

Esta 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, sobre la revocación por ingratitud de las donaciones. De igual manera refiere y resume algunas de las últimas sentencias del TJUE y del TS sobre materias propias del Derecho privado.

Palabras clave

Derecho al honor; evaluación de la solvencia del prestamista; ingratitud; libertad de expresión; prescripción acción restitutoria; revocación de donaciones.

Abstract

This chronicle summarizes the most recent doctrine of the Spanish Supreme Court, including plenary judgements, on different topics. Particularly, on the termination of donations due to ungratefulness. Likewise, it gives notice and outlines some of the last rulings of the ECJ and the Spanish Supreme Court on private law matters.

Keywords

Right to honor, creditworthiness assessment, ungratefulness, freedom of speech, statute of limitations, restitution, termination of donations.

1.- Las malas leyes inundan nuestro entramado jurídico: su frecuente dictado empieza a conformar un hábito. Tan es así, que los que ahora gustamos llamar *operadores jurídicos* (aunque tal vez fuera preferible nombrarlos artesanos o artífices de la resolución de los conflictos, sean estos de la naturaleza que sean) para saber qué hacer se confían -casi en exclusiva- a las decisiones de este o aquel tribunal. Como si los tribunales, se piensa, disfrutaran de poderes taumatúrgicos o del don de la clarividencia. De ellos esperamos, huérfanos como estamos de un legislador racional, que nos guíen en esta oscuridad, que

nos ofrezcan los puertos seguros, o que redondeen las reglas, tan imperfectas. Ellos pueden hacerlo, se dice con estas u otras palabras, porque están anclados en valores superiores -libertad, igualdad, justicia-, inalcanzables para el resto de los mortales y además se hallan al abrigo de intereses impuros.

Los tribunales más altos, esto es, aquellos que se sitúan en las cúspides -el Supremo, el Constitucional, el de Justicia de la Unión Europea, el Europeo de Derechos Humanos- que se justifican en que deshacen lo hecho por otros y ponen orden en el desconcierto, incorporan reglas, imponen prácticas, señalan caminos. Rebasan, en suma, sus funciones clásicas o las que con tanto empeño se han construido a lo largo del tiempo.

Se produce, entonces, otro golpe en el péndulo de la historia: desde un sistema de leyes dictadas con más o menos tino en el que la jurisprudencia “complementa” a estas, como dice equívocamente el artículo 1.6 CC -precepto que parte de que la obra legislativa necesita de elementos adicionales para procurar su perfección-, a un sistema que solo cree (o hace acto de fe) en la jurisprudencia, de la que tal vez se espera un cierto activismo, una lucha comprometida por la satisfacción de ciertos valores o de una comprensión de ellos. Los tribunales -a diferencia del legislador romo, circunstancial y poco racional de nuestro tiempo- se conciben, tal vez en un ejercicio de ingenuidad, como lugares de racionalidad valorativa, que están siempre atentos a la realidad de su tiempo y que ajustan sus criterios de decisión a las aspiraciones transparentes de la sociedad.

Ya no se les pide solo que ejerzan su función de ajuste, esa tarea que consiste en limar las reglas para darles su sentido adecuado y que cobren vida aplicadas a la realidad, tan fascinante como cambiante. Es algo más: ahora se espera de las sentencias un freno a legisladores desbocados, a sus pérdidas de legitimidad, o, en fin, a su exasperante dejación de respuesta a problemas nuevos o a nuevas formas de entenderlos.

Pero, en obsequio a la verdad, no conviene exagerar, o, como dijera el juez Robert H. Jackson (1892-1954), magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su voto concurrente en el caso [Brown c. Allen \(344 US 443 \[1953\]\)](#) respecto a la propia Corte de la que formara parte: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*” (en traducción libérrima: “no damos la última respuesta porque somos infalibles: solo lo somos porque la damos”).

Últimamente son muchos los trabajos que insisten en los defectos de las leyes, y en el oportunismo del legislador, desmembrado, ausente -despreocupado del para qué efectivo de las normas, absorbido por su potencia simbólica, ya en retroceso-, incluso, tal vez, ignorante del sistema que moldea, separado de las elementales exigencias de “sencillez,

claridad y coherencia”. Así, entre otros muchos, y en el año pasado: Á. Rojo: “Las malas leyes”, *De iure mercatus. Libro homenaje al Prof. Dr. h. c. A. Bercovitz Rodríguez-Cano*, J.A. García-Cruces (coord.); Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 169 ss. o T.R. Fernández y M. Aragón: *Motorización o incontinencia legislativa. Producción, normas, análisis económico de los efectos que produce esta situación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2023. Véase el (último) *Acuerdo interinstitucional de 13 de abril de 2016 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación* ([DOUE L 123/1, 12 de mayo de 2016](#)) y en general el programa *Legislar mejor* de la Unión Europea.

En fin, para acabar con este proemio dos botones. En primer lugar, como sucede no pocas veces, empieza a entenderse lo que ocurrió (y me refiero a la última reforma del recurso de casación) tiempo después de que ocurriera. Léase al siempre interesante I. Díez-Piçazo: “Reflexiones (desordenadas) sobre el vértice jurisdiccional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 22 (2018), pp. 103-107.

El segundo botón. Tal vez tenga el juicio oscurecido y no sea capaz de entender lo que tan claramente el legislador me ofrece. En este punto reproduzco las palabras de A. García Calvo (*“La razón de la sinrazón de Don Quijote”*, *Anales de la Universidad Hispalense* XIX [1959], pp. 61-73, p. 65):

“Grave locura esa de no ver las cosas como son. Pero, a bien mirar, ¿cómo son las cosas? Porque evidentemente, para catalogar y despreciar la manera de ver las cosas de Don Quijote, fuerza es que estemos nosotros muy seguros de que nosotros sí sabemos verlas como son en la realidad”.

2. En esta ocasión la sentencia de pleno del Tribunal que examinaremos con algún detalle es la siguiente: la [sentencia 1713/2023, de 12 de diciembre](#) (J.L. Seoane Spielgeberg). Hay otras que cito sucintamente. Así la [sentencia 32/2024, de 11 de enero](#) (R. Sarazá Jimena), sobre rectificación en un diario digital en que se atiende a la forma en que se desarrolla la publicación de las noticias en estos medios para señalar que “cuando la información ha sido publicada en un medio de comunicación digital, la rectificación debe ser publicada mediante un nuevo vínculo “con relevancia semejante a aquella que se publicó o difundió la información que se rectifica”. O también la [sentencia 34/2024, de 11 de enero](#) (R. Sarazá Jimena) en la que vuelve el tribunal a hacer algunas precisiones sobre la lesión al honor en caso de ficheros de solvencia. O, en fin, la [sentencia 88/2024, de 24 de enero](#) (I. Sancho Gargallo), que determina qué sucede en caso de cesión del préstamo

usurario que se impugna por el prestatario después de la cesión: frente a quién debe impugnar y qué consecuencias tiene, en su caso, frente a cedente y cesionario.

La [sentencia 1713/2023, de 12 de diciembre](#) (J.L. Seoane Spielgeberg) es la sentencia de pleno que, considero, merece un examen más detenido. Esta resuelve el siguiente interrogante: si cabe revocar por ingratitud la donación cuando, para proteger un interés propio o como perjudicada de un delito (en el caso de estos tres: apropiación indebida, insolvencia punible y administración desleal), la donataria interpone una querrela criminal en la que ocupó la condición de acusación particular frente al donante, que es finalmente absuelto. O, desde una perspectiva más propia de la casación -como hace la sentencia al comienzo del fundamento de derecho 3.º-, cuál es el alcance y supuesto de hecho de la expresión “a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario” que conforma la excepción prevista en el artículo 648 2.º *in fine* CC: *Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.*

En rigor, lo que importa es determinar si es necesaria la “condena” para que entre en juego la excepción puesto que parece claro que no es exigible que la víctima deba soportar la comisión de un delito para evitar la revocación por ingratitud de una donación que recibió del autor.

En el caso el Tribunal “estima el recurso de casación”, revoca la sentencia de apelación y desestima la pretensión de revocación. La donación se produjo constante un matrimonio en el que los cónyuges compartían múltiples relaciones negociales y que, después de la separación de hecho, interponen entre sí varias querrelas y demandas (litigios “criminalizados absurdamente” dice la sentencia de instancia). Este contexto extremadamente litigioso, así como la represión de la retorsión -en la que propiamente consiste la petición de revocación- quizá expliquen el resultado por el que opta la sentencia. La sentencia resuelve la cuestión en el largo y prolijo fundamento de derecho 3.º:

“Este tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse, en varias ocasiones, con referencia expresa a los antecedentes normativos y doctrina científica interpretativa del art. 648.2 CC, sobre los presupuestos condicionantes de la aplicación de tal causa de revocación de las donaciones, tales como la naturaleza del delito atribuido al donante, que debe ser perseguible de oficio, y además con respecto a lo que debe entenderse por imputar un delito. Sin embargo, no existe pronunciamiento del tribunal sobre el significado de la expresión normativa consistente en

que “el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario” y si su aplicación exige la condena penal del donante, puesto que, en el caso que nos ocupa, fue absuelto de los delitos objeto de las acusaciones formuladas.

En efecto, en la [sentencia 577/2019, de 5 de noviembre](#) (M.^a Á. Parra Lucán), se desestimó la revocación por ingratitud al amparo del art. 648.2 CC, toda vez que el delito societario atribuido no era perseguible de oficio, con fundamento en el siguiente conjunto argumental:

“[...] el legislador permite al donante revocar una donación cuando el donatario le imputa un delito perseguible de oficio porque, como argumentó García Goyena en la explicación de la regla, cuando nos encontramos ante “delitos, cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por acción popular, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor”; y, aun en ese caso, la imputación de un delito al donatario (sic) no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque, como decía el mismo García Goyena “el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho” (...).

Ahora bien, en el presente caso, los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible sí son perseguibles de oficio. Así, con respecto a la apropiación indebida, lo declaró expresamente la sentencia 316/2013, de 17 de abril, de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo.

En el caso enjuiciado por la [sentencia 261/2010, de 13 de mayo](#) (Encarna Roca Trías), tras hacer referencia a los antecedentes normativos y de derecho comparado del art. 648.2 del CC, aclaramos que es lo que debía entenderse por “imputar” algún delito al donante, y establecimos al respecto que:

“[...] el Código civil francés de 1804, en su art. 955, solo admitió la revocación por ingratitud en los casos siguientes: a) atentado del donatario contra la vida del donante; b) que el donatario sea culpable de sevicias, delitos o injurias graves contra el donante, y c) que le niegue los alimentos. No aparece la causa tal como la recogió el Código español.

“En el Proyecto de Código Civil de 1851 se recogía como causa de revocación que “el donatario imputare al donador alguno de los delitos que dan lugar al procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiere cometido contra el propio donatario, su mujer, ó hijos constituidos bajo su autoridad”. De

ahí pasó al Código civil vigente, contando, al parecer, con los precedentes de los arts. 1488 del Código portugués, 1081 del Código italiano de 1865 y 2764 del Código mejicano, en las versiones vigentes en 1889. Este artículo fue interpretado por la doctrina posterior con grandes dificultades.

“Esta causa de revocación se ha mantenido en el Código civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta. Así el art. 531-15.1, d) del Código civil de Cataluña dice que son causas de ingratitud “los actos penalmente condenables que el donatario o donataria efectúe contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la unión estable de pareja y también, en general, los que representen una conducta en relación a las mismas personas no aceptada socialmente”, con lo que nos encontramos ante una cláusula más abierta, pero a la vez más restringida. A su vez, el Art. IV.H.- 4:201 del *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR) dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (*gross ingratitude*) por haber cometido de forma intencional un daño grave (*serious wrong*) contra el donante.

“Por tanto, el problema que plantea el presente recurso consiste en la interpretación que debe darse al término imputare en el artículo 648.2º CC, que parece recoger sus precedentes, aunque constituye un caso aislado en el derecho comparado.

“La doctrina española ha formulado diversas interpretaciones en torno al problema que nos ocupa en este recurso: así, algunos autores entienden que basta la simple imputación; para otros, es necesaria la denuncia, pero esta tesis olvida que el art. 261.2 LECrim establece no están obligados a denunciar “los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive”. Finalmente, otra parte de la doctrina considera que la expresión imputare consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y por ello, lo que genera ingratitud es la persecución del delito, no su simple imputación o denuncia.

“CUARTO. El requisito que se exige en el artículo 648. 2º CC es que el donatario impute un delito al donante. Esta es la cuestión que debe ser objeto de interpretación, porque hay que entender que la expresión imputare debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal.

En todos estos casos, el donatario está persiguiendo el delito cometido por el donante".

Pues bien, desde la perspectiva expuesta, la demandada sí imputó al demandante un delito, mediante la formulación de una querrela (art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECr.), que no es una simple declaración de conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, que se comunica ante una autoridad o funcionario, sino que implica una declaración de voluntad, presentada por escrito ante la autoridad jurisdiccional competente, mediante la cual se ejercita la acción penal con la adquisición de la condición de parte acusadora.

La donataria se personó, por lo tanto, en el procedimiento como acusación particular a los efectos de ejercitar la acción penal dimanante del delito; y, en este caso, con una petición de condena más grave que la postulada por el Ministerio Fiscal. Incluso, interpuso un recurso de casación con la finalidad de agotar las posibilidades del ejercicio de la acción penal, que no fue admitido a trámite por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Constatada, por lo tanto, la imputación de un delito perseguible de oficio por la donataria contra el donante, queda pendiente de analizar la cuestión relativa a si concurre la excepción a la apreciación de ingratitud constituida por la circunstancia de que el delito imputado "se hubiese cometido contra el mismo donatario"; y si tal expresión normativa exige el pronunciamiento condenatorio del donante para entender operativa la precitada causa de exclusión contemplada en el segundo inciso del art. 648.2 CP.

Con la finalidad de determinar si, en el caso que enjuicamos, dicha excepción se encuentra debidamente justificada, partimos de las consideraciones siguientes.

En primer término, no se puede exigir a los donatarios que permanezcan impasibles cuando son víctimas o perjudicados por el delito cometido por el donante, o contra las otras personas vinculadas a las que se refiere el art. 648.2 CC. El ordenamiento jurídico no les puede exigir una conducta de tal clase para no reputarlos ingratos, ni tampoco obligarles a sufrir pasivamente las consecuencias del delito para no incurrir en causa de revocación de la donación efectuada. El acto gratuito no puede imponer un deber ético de soportar hechos delictivos. En estos supuestos, es legítimo que la donataria actúe en defensa de sus derechos, aun cuando lo haga de forma activa, constituida en parte acusadora en un proceso penal. Por otra parte, aunque la infracción penal se cometiera contra la sociedad mercantil de la

que ambos litigantes son socios, a partes iguales, con respecto a la totalidad del capital (100% de las participaciones sociales), considerar a la demandada, como perjudicada por el delito, es una conclusión perfectamente racional en la exégesis del art. 648.2 del CC.

Esta condición de perjudicada por el delito, aun cuando el sujeto pasivo del ilícito criminal sea una sociedad mercantil, en función de la composición del sustrato personal de la entidad (dos únicos socios, en su momento unidos por vínculo matrimonial, titulares del 50% del capital social) fue reconocida por la [sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo 94/2023, de 17 de febrero](#) [A. del Moral], en la que consta: (...).

La demandada igualmente en su condición de víctima estaba legitimada para el ejercicio de la acción penal como acusación particular por el perjuicio patrimonial sufrido (STS [331/2023, de 10 de mayo, Sala 2.ª](#) [V. Magro Servet]). En momento alguno, se le negó tal condición en el proceso penal en el que se personó como acusación particular.

Tampoco podemos prescindir del hecho constatado de que el demandante fue absuelto; no obstante, el art. 648.2 CC no exige, expresamente, la condena del donante en el procedimiento criminal para que opere la exclusión de ingratitud. Ahora bien, tampoco puede ampararse en derecho una imputación falaz y sin fundamento de un delito contra el donante por parte de quien ostente la condición de donataria, lo que exige efectuar un juicio prudente de ponderación de las circunstancias que concurran.

Pues bien, en este caso, dicha valoración crítica permite concluir que no nos encontramos ante una gratuita imputación de unos hechos delictivos, todo ello en virtud del siguiente conjunto argumental.

(i) Se apreciaron indicios suficientes de criminalidad para que el Juzgado de Instrucción ordenase la conversión de las diligencias previas incoadas por tales hechos en procedimiento abreviado (art. 779.1, regla 4.ª de la LECr.), y la posterior resolución judicial de apertura del juicio oral (art. 783 LECr.).

(ii) El Ministerio Fiscal, por su parte, ejercitó la acción penal y civil dimanante del delito (arts. 105 y 108 LECr.), mediante su escrito de acusación. Incluso, tras la práctica de la prueba en el plenario, en sus conclusiones definitivas, y bajo los principios de legalidad e imparcialidad que rigen su estatuto orgánico (arts. 6 y 7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre), calificó la conducta del donante como

constitutiva de un delito de apropiación indebida, que cuantificó en la cantidad de 50.000 euros.

(iii) Es importante, también, ponderar la valoración que sobre los hechos se llevó a cabo en la sentencia dictada por la audiencia provincial que, desde luego, no proclamó la inexistencia de los hechos objeto de acusación. Lejos de ello, en su declaración de hechos probados, resulta que el donante dispuso de cantidades de las cuentas de la mercantil Oina, S.L., de la que era administrador único, mediante cinco cheques de 10.000 euros cada uno ellos, entre el 27 de junio de 2008 y el 19 de septiembre de 2008, sobre los que el Ministerio Fiscal ejercita la acción penal, así como también libró un cheque de 21.884 euros, el 12 de febrero de 2009, a favor de otra sociedad, y además realizó otras disposiciones para gastos propios, fundamentalmente en supermercados, parking, así como retiradas de dinero de cajeros, todo ello por un total de 684,85 euros, lo que determinó que las cuentas sociales quedaran con un saldo negativo de 276 euros.

(iv) La razón de la absolució deriva de que la audiencia, con el rigor que exige un fallo condenatorio penal, que implica la privación de un bien tan preciado como es la libertad, no adquirió la certeza, más allá de una duda razonable, sobre que el dinero dispuesto no fuera, pese a hallarse ingresado en cuenta abierta de la sociedad, titularidad privativa del acusado como éste sostuvo, y de otra persona física a la que abonó otra parte sustanciosa de los ingresos que nutrían las cuentas sociales superior a los ochenta mil euros.

En definitiva, no cabe negar la defensa de los derechos propios de la donataria, bajo la conminación de la pérdida de los bienes donados, como tampoco cabe amparar infundadas atribuciones de hechos delictivos. El examen de las circunstancias concurrentes dictará la regla a observar y, en este caso, consideramos que no concurre causa de revocación, por las razones expuestas, amén de que la revocación de un negocio jurídico, como es la donación, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Por otra parte, con respecto al otro delito de apropiación indebida, objeto de querrela por la donataria, el demandante fue condenado, por lo que concurre el supuesto del art. 648.2 CC.

La circunstancia de comunicar a la Jefatura de Tráfico que fue el demandante quien conducía el vehículo de una de las sociedades, en la creencia de que así era, no conforma causa de ingratitud. Esta sala ha señalado además que no basta una

conducta que resulte sólo social o éticamente reprobable, sino que tiene que revestir o proyectar caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales (STS [1287/2006, de 5 diciembre](#) [X. O'Callaghan]).

Los delitos imputados a la donataria por el donante no constan cometidos y fueron sobreseídos los procesos penales abiertos para su investigación (STS [44/2023, de 18 de enero](#) [M^a Á. Parra Lucán]).

Por todo ello, el recurso de casación debe ser estimado, y, por consiguiente, con asunción de la instancia confirmada la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia.”

Lo cierto es que, parece, si el ánimo de liberalidad -la gratitud, la liberalidad del bienhechor- es el que funda una atribución gratuita, en el que ningún tercero merece protección singular (para los terceros es el título más débil) y si, en suma, la revocación es la posibilidad de deshacer la atribución consumada porque, como el caso de la ingratitud, sobrevienen razones que desmienten -o que son directamente contradictorias- con la realidad o el contexto que se presume en un propósito semejante, la interpretación de sus causas debería ser para proteger al donante y no para robustecer la posición del donatario -como si fuera prevalente que ya hubiera donación consumada y que revertir la realidad fuera un propósito incómodo e indeseado (*melior est conditio possidentis*, aunque es *in pari causa*). La ignorancia o imposibilidad de conocer la causa justifica la inoponibilidad a los terceros de la revocación sucesiva: artículo 649 CC.

La cuestión estriba en restringir la posibilidad de que la revocación se produzca por la simple voluntad del donante, esto es, que por capricho, arbitrio o venganza, se desdiga de la donación; en suma, *donner et retenir ne vaut* (véase, [A. Desjardins: Recherches sur l'origine de la règle: donner et retenir ne vaut, Cotillon, Paris, 1868](#)). La revocación por ingratitud constata que una causa sucesiva, sobrevenida (o anterior pero desconocida) justifica que quepa romper o deshacer los efectos de la donación, es, desde esta perspectiva, una “alteración sobrevenida de las circunstancias” en donde la gratitud y liberalidad del donante no disfruta de reciprocidad sino que, justamente al contrario, se manifiestan hechos que hacen indiscutible su ingratitud que no hay porqué referir a la imputación de delitos sino a que supongan hechos o actos “que representen una conducta en relación a las mismas personas no aceptada socialmente”, como con tino y sentido práctico señala el art. 531-15.1 d) CCCat:

La ingratitud de los donatarios. Son causas de ingratitud los actos penalmente condenables que el donatario haga contra la persona o los bienes del donante, de

los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la pareja estable, así como, en general, los que representan una conducta con relación a las mismas personas no aceptada socialmente.

No hay que dar cobertura a la venganza, ni tampoco a los desagradecidos y posiblemente haya que aceptar que hay decepciones con las que uno debe cargar.

Cabe recordar la sentencia de la sala [422/2015, de 20 de julio](#) (F.J. Orduña Moreno), que afirma en el fundamento de derecho 3.º, apartado 3:

“Por último, y en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil.

En efecto, en el marco interpretativo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante.”

3. En este periodo se han dictado algunas sentencias del TJUE que revisten cierto interés, sin duda más relevante con el nuevo artículo 43.bis LEC en la mano, incorporado a la Ley por el RDL 6/2023, de 19 de noviembre, *por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo* (BOE de 20 de diciembre). Veamos.

La [STJUE 11 de enero de 2024, asunto C-755/2022, Nárojuk s.r.o. y EC Financial Services, a.s.](#) se pronuncia sobre los efectos que tiene que el prestamista incumpla la obligación de evaluar la solvencia del prestatario (en el caso, el prestatario consumidor cede su derecho a reclamar a una sociedad, Nárojuk, s.r.o.), en particular qué efectos tiene sobre el mismo contrato y los intereses satisfechos. Como en otras ocasiones, lo que importa es “disuadir” del incumplimiento: esto es, lo que se persigue de modo principal es asegurar que las normas se cumplen porque su satisfacción acarrea, a juicio del tribunal -alineado

con el legislador comunitario- la protección eficaz del prestatario que descansa es que se lleve a cabo un juicio sobre la solvencia futura del deudor (con independencia, como sucede, de que el prestatario haya satisfecho el crédito en su integridad, esto es, pese a que haya sido sucesivamente solvente). La sentencia examina el significado del artículo 8 de la Directiva 2008/48 que, en su apartado 1 dice lo siguiente: “*Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente*”. Concluye en su apartado 52:

“Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, cuando el prestamista ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del consumidor, ese prestamista sea sancionado, de conformidad con el Derecho nacional, con la nulidad del contrato de crédito al consumo y la pérdida de su derecho al pago de los intereses pactados, aun cuando ese contrato haya sido ejecutado en su totalidad por las partes y el consumidor no haya sufrido consecuencias perjudiciales a causa de ese incumplimiento”.

Sobre el asunto sigue siendo de interés: Noelia Collado: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, Aranzadi, 2019.

También se ha dictado la primera sentencia sobre el *dies a quo* de cómputo de la prescripción de la acción restitutoria en caso de nulidad de la llamada cláusula gastos, sentencia que corresponde a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona: [sentencia 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/2021, CaixaBank, C-811/2021, BBVA, C-812/2022, Banco de Santander y C-813/2021, Banco Sabadell](#), sentencia que no altera la doctrina anterior. Falta que se resuelva la cuestión formulada por el Tribunal Supremo, que pregunta explícitamente qué *dies a quo* de los posibles debe elegirse: asunto C-561/2021, *Banco de Santander*; Auto Pleno de [22 de julio de 2021](#) (Pedro J. Vela Torres); véase nuestra [Crónica 1 \[2021\], sub 6](#).

La transparencia material (si la cláusula permite al consumidor saber qué efectos son los que acarrea) ¿es una cuestión que debe examinarse según el consumidor y circunstancias que le rodeen o bien cabe su apreciación “colectiva”, esto es, fruto del ejercicio de una acción de cesación? A esta cuestión responde la [Abogada General Medina, en sus conclusiones al asunto C-450/2022, CaixaBank y otros](#): la cuestión prejudicial, como es conocido, se formuló por nuestro Tribunal Supremo.

La STJUE [29 de febrero de 2024, asunto C-724/2022, Investcapital](#), pese a que su objeto principal reside en si cabe o no un segundo control de oficio de las cláusulas abusivas (en el procedimiento de ejecución), resuelve, sobre todo, la cuestión de qué control de las cláusulas abusivas es bastante en orden a satisfacer las exigencias del principio de efectividad. Así su apartado [45]:

“... el control por el juez del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales contenidas en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es conforme con el principio de efectividad a la luz de la Directiva 93/13 si, por una parte, se informa al consumidor de la existencia de ese control y de las consecuencias que conlleva su falta de actuación respecto a la preclusión del derecho a invocar el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales y, por otra parte, la resolución adoptada a raíz de dicho control está suficientemente motivada para permitir identificar las cláusulas examinadas en esa fase y las razones, siquiera sucintas, por las que el juez consideró que esas cláusulas no tenían carácter abusivo. La resolución judicial que cumpla dichos requisitos podrá tener como efecto impedir que se lleve a cabo un nuevo control del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales en un procedimiento posterior”.

También, por el caudal de pleitos pendientes, son muy interesantes las [conclusiones del abogado General J. Richard de la Tour respecto a la cuestión de la exclusión del crédito público en caso de exoneración del pasivo insatisfecho: asunto C-687/2022](#), cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.^a

También, por último, hay alguna sentencia de interés del Tribunal Constitucional. Así la [STC 172/2023, de 11 de diciembre](#), sobre el uso del incidente de nulidad para proceder al control de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, que puede suscitarse en cualquier momento, basta que no haya sido objeto de control efectivo anterior.

4. Muchas son las sentencias que reiteran doctrinas ya conocidas -sin que, por lo demás, repercutan en la solución adoptada por la sentencia recurrida-.

Así, por ejemplo, la [sentencia 25/2024, de 10 de enero](#) (A. García Martínez) en un supuesto de conflicto entre derechos al honor y la intimidad, por un lado, con las libertades de expresión e información, por otro. En el caso se trataba de manifestaciones vertidas en el programa televisivo *Gran Hermano Dúo*: al respecto dice el Ministerio fiscal -al que la sentencia reputa “claro y acertado”- “*Para concluir, y a diferencia de lo que sostiene*

el recurrente, el descrédito o pérdida de prestigio o menoscabo de su estima no se ha producido por la publicación litigiosa, sino que es consecuencia directa de su actuación en el concurso”.

La sentencia nos recuerda la doctrina sobre los elementos para determinar que una expresión sea ofensiva, en su fundamento de derecho 2.º y no sé si nos encamina o nos desvía del sentido propio de la pragmática (en la lingüística) o de la función del contexto para decidir no el carácter objetivamente ofensivo de un mensaje (no cabe duda de que lo es decir que alguien es “*repugnante, un ser maquiavélico o un celoso patológico*”) sino si el mensaje en su conjunto se vería privado de su verdadero significado (de su “contenido semántico”) si se le reprochara su inclusión -que, creo, es cosa distinta-. Esto es: tal vez haya excesos pertinentes para calibrar o entender la crítica que acompaña al mensaje o, si se quiere, hay “improperios pertinentes”.

[...] “lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida, debiendo valorarse las expresiones dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto, por lo que, expresiones ofensivas por su significado si son aisladamente consideradas, no pueden considerarse como una intromisión ilícita si se consideran proporcionadas con la finalidad informativa o valorativa que se pretende en contextos de crítica, siendo numerosos los casos en los que hemos reconocido, atendidas las circunstancias, la utilización de un lenguaje hiperbólico, efectista, sarcástico, jocoso o mordaz, y en los que hemos mantenido la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (por todas, [sentencias 1370/2023, de 5 de octubre](#) [A. García Martínez], [1363/2023, de 4 de octubre](#) [Antonio García Martínez]; [776/2023, de 22 de mayo](#) [A. García Martínez]; [700/2021, de 14 de octubre](#) [A. García Martínez]; [438/2020, de 17 de julio](#) [J.L. Seoane Spielgeberg]; [158/2020, de 10 de marzo](#) [F. Marín Castán]; [102/2019, de 18 de febrero](#) [F. Marín Castán]; [540/2018, de 28 de septiembre](#) [R. Sarazá

Jimena]; [551/2017, de 11 de octubre](#) [P.J. Vela Torres]; [312/2013, de 30 de abril](#) [J.A. Xiol Ríos]; y [17/2011, de 1 de febrero](#) [recurso n.º 2186/2008; J.A. Xiol Ríos]).”

O aquellas otras que nos recuerda que la existencia de un conflicto (“contextos de contienda o conflicto”) refuerza la prevalencia de la libertad de expresión que, dicho sea de paso, es una prevalencia circunstanciada, puesto que no hay criterios objetivos a los que anudar tal prevalencia y las razones son las que para cada caso pronuncie el tribunal. Así en el caso de la [sentencia 1712/2023, de 11 de diciembre](#) (J.L. Seoane Spielgeberg).

En otros casos hay alguna novedad. Así la inclusión como objeto de control de las decisiones de un partido político -que es una asociación, aunque disfrute de una especial relevancia constitucional- que restringen la participación del afiliado en la vida interna del partido. En el caso, presentarse las elecciones a un cargo interno en condiciones de igualdad, de secretario general del partido, en el caso *Eusko Alkartasuna*: [sentencia 1759/2023, de 19 de diciembre](#) (R. Sarazá Jimena).

O la afirmación, relevante para algunos casos de ficheros de solvencia, de que la “*comunicación de los datos a un fichero sobre la solvencia patrimonial no puede ser la forma de zanjar la discusión de la empresa prestadora de servicios con su cliente cuando este ha objetado de forma no irrazonable ni maliciosa la deuda comunicada al fichero*”, [sentencia 281/2024, de 27 de febrero](#) (R. Sarazá Jimena).

O sobre el significado de la tácita reconducción, la [sentencia 228/2024, de 20 de febrero](#) (Ignacio Sancho Gargallo). O sobre la responsabilidad civil por diagnóstico tardío, en rigor, en el caso, lo que se delimita es cuándo existe un daño indemnizable, la [sentencia 334/2024, de 6 de marzo](#) (J.L. Seoane Spielgeberg). O la [sentencia 229/2024, de 21 de febrero](#) (M^a Á. Parra Lucán) que establece la relación entre la compensación por el “trabajo para la casa” (art. 1438 CC) y el desequilibrio que se remedia con la pensión compensatoria.

Y también hay casos en que no hay novedad. La verdad, aunque duela, es verdad: véase la [sentencia 118/2024, de 1 de febrero](#) (R. Sarazá Jimena). Y un mismo daño no se resarcidos veces: así, la [sentencia 144/2024, de 6 de febrero](#) (caso “Pasapalabra”; I. Sancho Gargallo); y quien carece de capacidad natural de entender y querer no puede prestar consentimiento y el que haya emitido ni puede ni debe valer: [sentencia 91/2024, de 24 de enero](#) (M^a Á. Parra Lucán). Los daños que se padecen con ocasión del desvelamiento de la verdad biológica (o, en otros términos, el descubrimiento de que el padre no lo es) exige que el error no le sea atribuible al propio progenitor errado (la sentencia canónica de nulidad

matrimonial contiene el siguiente pasaje: “*De nuevo el esposo intentó negar una realidad incluso cuando fue evidente, como dice el Perito: “... Más bien, cada uno por su parte se engañó a sí mismo, de acuerdo con la alternativa menos conflictiva de las posibles, y alimentó en el otro el error, dando prioridad a su deseo sobre el origen de la paternidad, en detrimento del sentido de realidad” (f. 230).”*”: [sentencia 238/2024, de 23 de febrero](#) (M^a Á. Parra Lucán).

La [sentencia 275/2024, de 27 de febrero](#) (P.J. Vela Torres) se refiere a la prescripción de la acción de responsabilidad del administrador social por deudas sociales -art. 367 LSC- para, además de reiterar la doctrina conocida sobre su duración (véase la [sentencia 1512/2023, de 31 de octubre](#) (P.J. Vela Torres, y nuestra [Crónica 7 \[2023\], sub 4](#)) repetir, también, que el artículo 944 CCom, referido a la interrupción de la prescripción, es aplicable a los contratos “mercantiles” (por extenso, [sentencia 630/2009, de 8 de octubre](#), F. Marín Castán).

A veces las sentencias que dicta el Tribunal nos reclaman una reflexión de fondo sobre los límites del control social. La pobreza o la insuficiente madurez de juicio de los padres no son argumentos bastantes para separar a un hijo de su familia natural, que tal vez no sea la mejor, a los ojos de quienes juzgan con su propio rasero, pero sí la suya. Véase la [sentencia 234/2024, de 21 de febrero](#) (J.L. Seoane Spielgeberg). En este punto me siguen pareciendo muy interesantes las páginas que dedicara Á. Carrasco al asunto en *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Dílex, 2006, §§ 1 y 9.

Otras veces las sentencias, carentes de interés explícito en lo que concierne a la conformación de doctrina jurisprudencial, sí sirven para conocer sectores del tráfico o formas en que se articula un negocio: así el contrato de seguro de responsabilidad civil por “capas” en el que concurren varias aseguradoras respecto al mismo riesgo con sumas expresadas en un límite y que se superponen sucesivamente: [sentencia 57/2024, de 18 de enero](#) (P.J. Vela Torres).

En fin, se han dictado varias sentencias respecto a las viviendas con destino turístico y su relación con la propiedad horizontal. Que no suponen novedad puesto que señalan que es aceptable que se limiten los usos de las viviendas por mayorías de comuneros (ahora la prevista en el artículo 17.12 LPH, en la redacción dada por el RDL 7/2019, de 1 de marzo) siempre que tales usos sean lícitos (y lo son los relativos a los usos turísticos, que no son actividades naturalmente molestas, peligrosas o insalubres) y basta para la eficacia de la prohibición que esta sea “clara, precisa y expresa” (así, [sentencia 1671/2023, de 29 de noviembre](#), M^a Á. Parra Lucán) sin que importe si hay una razón o justificación que

explique semejante restricción. Sobre esta cuestión, [sentencia 90/2024, de 24 de enero](#) (A. García Martínez) o la [sentencia 105/2024, de 30 de enero](#) (J.L. Seoane Spielgeberg), sobre lo que signifique la prohibición estatutaria de destino a “hospedería” o la [sentencia 95/2024, de 29 de enero](#) (A. García Martínez), respecto al destino prohibido de “pensión”. No es una cuestión que se suscite y, por tanto, el tribunal no puede entrar en tales consideraciones, pero lo cierto es que debería discutirse lo siguiente: ¿una mayoría por reforzada que sea es bastante para que una restricción a una facultad propietaria, sin justificación adicional, puede serle opuesta a su propio titular? La mayoría reforzada que se ordena en el art. 17.12 LPH expone en interés privado -en tanto que priva singular y sucesivamente- al propietario disidente un uso lícito y posible de la vivienda, propietario que para conservar su facultad puede pagar por ella. El precepto es inequívoco: “Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%”. Véase sobre esta norma: G. Cerdeira: *Pisos turísticos y comunidades de vecinos*, Reus, 2022; o los trabajos que comprende el libro colectivo *Derecho del turismo colaborativo*, H. Gosálbez (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Una interesante delimitación de la legitimación activa para impugnar el negocio celebrado por el administrador concursal antes de la liquidación sin autorización judicial (pretendía hacerlo la sociedad partícipe de la sociedades cuyas participaciones vendiera el administrador, personada en el concurso pero que no era ni siquiera acreedora): estaba en manos de quien alega su legitimación acreditar o justificar su interés legítimo: [sentencia 1823/2023, de 22 de diciembre](#) (I. Sancho Gargallo; véase el comentario de Á. Carrasco Perera: [Análisis GA-P, enero \[2024\]](#))

En otras ocasiones el Tribunal recuerda -tantas veces lo hace sin decirlo- que quien quiere defenderse no debe generar una incertidumbre que está en su mano despejar y que, de sostener o mantener la duda, esta no puede ser más que en su propio detrimento: así, la [sentencia 161/2024, de 7 de febrero](#) (M^a Á. Parra Lucán), sobre el momento en que se computa la puesta en circulación de un producto a efectos de la extinción de la responsabilidad por el transcurso del tiempo.

La interrupción de la prescripción prevista en el art. 60.1 LC tiene sentido respecto a las acciones de los acreedores frente al concursado, pero no al revés: [sentencia 5/2024, de 8 de enero](#) (P.J. Vela Torres): la razón de la interrupción.

Con harta frecuencia se alega ante los tribunales la llamada doctrina de los actos propios (en el caso, referida a un subtipo de acto propio, el retraso desleal, puesto que la confianza que se suscita concierne al “no ejercicio”, esto es, la conducta contradictoria que se rechaza es un hacer -el ejercicio- que contradice la anterior omisión circunstanciada o afirmación que reflejaba el propósito inequívoco de no ejercer). El tribunal tiene ocasión de señalar que el ejercicio temporal de los derechos puede apurarse hasta el final de su plazo de prescripción, sin que quepa tachar a ese último momento contrario a la buena fe: así la [sentencia 163/2024, de 7 de febrero](#) (M^a Á. Parra Lucán).

5.- Se ha dictado el segundo grupo de sentencias en el litigio masa relativo al “cartel de camiones” (sobre el primer grupo, véase nuestra [Crónica 6 \[2023\], sub 5](#)): su interés radica en que concierne a las acciones de daños nacidas de infracciones al Derecho de la competencia. Son las sentencias [370/2024, de 14 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo); [372/2024, de 14 de marzo](#) (P.J. Vela Torres); [373/2024, de 14 de marzo](#) (R. Sarazá Jimena); [374/2024, de 14 de marzo](#) (R. Sarazá Jimena); [375/2024, de 14 de marzo](#) (P.J. Vela Torres); [376/2024, de 14 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo); [377/2024, de 14 de enero](#) (I. Sancho Gargallo); y [381/2024, de 14 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo). En una próxima *Crónica* expondremos algunas conclusiones del examen de los dos grupos de sentencias.