

ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2023



ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2023



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Depósito Legal: Z 376-2024

Imprime: Imprenta Arilla, S.L.

Prolongación Paseo del Muro, 33 - Ejea de los Caballeros (Zaragoza)

SUMARIO

PRESENTACIÓN DEL ANUARIO	7
Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández, Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación	
DISCURSOS DE INGRESO.....	9
LA INCIDENCIA DEL ABANDONO EMOCIONAL DE LOS HIJOS MAYORES EN LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS	
Excmo. Sra. Doña Aurora López Azcona.....	11
Contestación a cargo del Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández	65
LA VINCULACIÓN DE LOS CONSUMIDORES A LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN	
Excmo. Sr. D. Javier López Sánchez.....	71
Contestación a cargo del Excmo. Sr. D. Ángel Bonet Navarro.....	207
LA LIBERTAD DE PACTO COMO INSTRUMENTO PARA LA INCORPORACIÓN DE INSTITUCIONES DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS A LOS ESTATUTOS DE SOCIEDADES MERCANTILES, EN ESPECIAL, EN LAS EMPRESAS FAMILIARES	
Ilma. Sra. Doña Carmen Gay Cano	223
Contestación a cargo del Excmo. Sr. D. Adolfo Calatayud Sierra	315
CONFERENCIAS	
LAS BODAS DE FÍGARO (ENTRE EL TEATRO LA ÓPERA Y EL DERECHO)	
Ilma. Sra. Doña Ana Clara Belío	325
MAYORÍA DE EDAD Y DEPENDENCIA ECONÓMICA	
Excmo. Sra. Doña María-Cristina Chárlez Arán	343
LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y MEDIACIÓN	
Excmo. Sr. D. Fermín Hernández Gironella.....	353
LA HERENCIA PICTORICA Y TESTAMENTARIA DE FRANCISCO DE GOYA: A LA VANGUARDIA DE LAS VANGUARDIAS EN SU PINTURA Y EN SU SUCESION	
Excmo. Sr. D. José Luis Artero Felipe	369

REFLEXIONES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS	
Ilmo. Sr. D. Eladio José Mateo Ayala	391
LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL: EN BÚSQUEDA DE UNA MAYOR EFICIENCIA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL	
Excmo. Sr. D. Javier López Sánchez.....	419
PRESENTACIÓN DEL LIBRO “GRANDES JURISTAS ARAGONESES”	
Excma. Sra. Doña Rosa Bandrés y Sanchez-Cruzat.....	437
PREMIOS PARA JURISTAS JÓVENES 2023	
PREMIO DE DERECHO PRIVADO “CASTÁN TOBEÑAS”	
RIDERS Y LEY RIDERS (LA NUEVA REALIDAD DE LA RELACIÓN JURÍDICO LABORAL Y SU CONTROVERTIDA SOLUCIÓN)	
Autora: Doña Marta Valenzuela Lisbona.....	451
PREMIO DE DERECHO PÚBLICO “GASCÓN Y MARÍN”	
LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA A LA LUZ DEL PROYECTO DE LEY ESTATAL SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTÁNDAR MÍNIMO NACIONAL	
Autora: Doña Lucía Cofrades Aquilué	487

PRESENTACIÓN

El año 2023 ha sido prolijo en actividades académicas. Además de los tradicionales discursos de ingreso de los Académicos de Número y los Premios para juristas jóvenes, no han faltado diversas conferencias sobre los más variados temas de actualidad. Actuaciones éstas que, una vez más, reafirman el valor y sentido práctico de nuestra Academia, como instrumento de complemento al saber universitario, con el que se pretende tener al corriente a los diferentes profesionales del Derecho acerca de los temas de mayor interés actual. Y, sobre todo, poder debatir sobre ellos, con la libertad y sosiego que proporciona el foro académico.

En lo que concierne a los discursos, resalta el hecho de que los mismos no están quedando ceñidos a los respectivos ingresos de los Académicos de Número electos, sino que son varios los Correspondientes que, aun no teniendo estatutariamente obligación para ello, muestran su compromiso para con la Academia ofreciendo la lectura de su propio discurso. Este es el caso, en el año 2023, de la Académica Dra. Carmen Gay Cano.

Por lo que respecta a los Premios para juristas jóvenes, entregados una vez más en el incomparable marco del Patio de la Infanta, de la Fundación IberCaja, resulta también de interés la circunstancia de que hayan sido dos jóvenes juristas aragonesas las que han resultado ganadoras de los correspondientes al año 2022, con sendos trabajos de indudable actualidad y de gran interés práctico.

Como se viene haciendo en los últimos años, el Anuario 2023 fue presentado en un acto oficial en el que intervino el entonces Alcalde de Zaragoza (hoy Presidente del Gobierno de Aragón), Don Jorge Azcón, quien tuvo unas palabras de reconocimiento a la importante labor que hacen, al servicio de la sociedad, las diferentes profesiones e instituciones jurídicas, y en particular, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Después de varios años de trabajo y de intentos fallidos, la Academia, con la ayuda económica del Gobierno de Aragón, ha conseguido editar el libro “Grandes juristas aragoneses”, una colección de treinta biografías de ilustres juristas aragoneses de todos los tiempos, ya desaparecidos, correspondientes a los nombres de los treinta sillones de los Académicos de Número que componen el elenco de la Academia. Su presentación tuvo lugar, en acto solemne, con la presencia nuevamente de Don Jorge Azcón, en esta ocasión como nuevo Presidente del Gobierno de Aragón, el día 23 de octubre de 2023, con presentación a cargo de la Académica de Número, Doña Rosa María Bandrés y Sánchez Cruzat.

JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ
PRESIDENTE

**DISCURSOS
DE
INGRESO**

LA INCIDENCIA DEL ABANDONO EMOCIONAL DE LOS HIJOS MAYORES EN LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Discurso de ingreso como Académica de Número
de la

Excma. Sra. Doña Aurora López Azcona

Leído el día 7 de febrero de 2023

PROEMIO

Excelentísimo Sr. Presidente de la Academia
Excelentísimos señoras y señores académicos
Excelentísimas e ilustrísimas autoridades
Señoras y señores

No puedo iniciar este discurso sin expresar mi agradecimiento a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación que hoy me acoge. Entre todos los académicos permítanme que mencione singularmente a su Presidente, Excmo. Sr. Don José Luis Merino Hernández, por la confianza que ha depositado en mi persona, habiendo aceptado contestar a mi discurso. Asimismo, no puedo dejar de referirme a los Académicos que me acompañan como padrinos: los Excmos. Sres. Don Francisco Mata Rivas y Don Adolfo Calatayud Sierra, con quienes me une una especial relación de afecto y respeto profesional.

Gracias también a mi familia y amigos por acompañarme hoy, como siempre.

Asimismo, como jurista aragonesa, quiero compartir con ustedes el sentimiento de orgullo que me invade por ingresar en esta institución de tan honda raigambre en nuestra tradición jurídica. Y es que, como sabrán, la Academia que hoy conocemos fue fundada en 1995 por empeño y tesón de un grupo de juristas

aragoneses sobre los cimientos de la antigua Academia de Jurisprudencia práctica creada en 1733, “bajo el patrocinio y protección de María Santísima del Pilar y del abogado más perfecto el Glorioso Señor San Ivo”.

Como rezaban sus antiguos Estatutos, paso a continuación a defender “mi ejercicio” al objeto de solicitar ser admitida en la Academia y, en caso de superar esta prueba, me comprometo a “asistirla, protegerla y ayudarla con el más vivo esfuerzo y activo empeño en todos los asuntos que, como a tal Academia, se le ofrecieren”.

Los actuales Estatutos de esta Academia establecen en su art. 12.2 que “Todo Académico de Número tendrá derecho a ocupar un sillón en las reuniones de la Academia, el cual estará identificado por un signo que le singularizará del resto de los sillones”. A tal efecto, con el permiso de ustedes, me gustaría denominar el que se me conceda con el nombre de Sara Maynar Escanilla por su condición de pionera de las juristas aragonesas. En los albores del siglo XX Sara Maynar fue la primera licenciada en Derecho de la Universidad de Zaragoza con el número uno de su Promoción, la primera colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, la primera profesora de una Facultad de Derecho en España y la primera mujer en ingresar en la Academia Jurídico-Práctica aragonesa el 29 de diciembre de 1929¹.

La elección del tema elegido para este discurso “la incidencia del abandono emocional de los hijos mayores en la obligación de alimentos” no ha sido dejada al azar, en cuanto enlaza con una de mis principales líneas de investigación como es el Derecho de familia. Pretendo así ofrecerles el estado de la cuestión y mis reflexiones personales sobre un problema planteado en los últimos años en las instancias judiciales, no sin polémica, como es la relativo a la posible extinción de los alimentos (gastos de crianza y educación en Derecho aragonés) debidos por los progenitores a sus hijos mayores ante la negativa de estos últimos a relacionarse con aquellos.

I. INTRODUCCIÓN

¹ Extraigo esta información de B. CAUSAPÉ GRACIA, “Mujeres, Derecho aragonés y ejercicio profesional. Algunos apuntes históricos”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, t. XXIV, 2018, pp. 153-163; y “Las primeras alumnas de la Facultad de Derecho de Zaragoza, 1915-1931”, *Filanderas*, núm. 3, 2018, p. 17.

La cuestión que constituye el punto de partida del presente discurso es la siguiente: ¿La conducta de desapego afectivo que tenga un hijo mayor de edad respecto de sus ambos progenitores puede ser lo suficiente relevante para justificar que éstos queden exentos de la obligación legal de prestarle alimentos o, en su caso, de cubrir sus gastos de crianza o educación?

Nuestra sociedad ha cambiado vertiginosamente en los últimos años y es en el seno de la familia donde las transformaciones se manifiestan de manera más directa e intensa. El aumento de la esperanza de vida, la generalización de las crisis matrimoniales y la aparición de nuevos modelos familiares, entre ellos, las familias reconstituidas han tenido un fuerte impacto en la forma que tienen de relacionarse padres e hijos, de manera que cada vez resulta más frecuente que las relaciones entre ambos sean inexistentes o nulas o, lo que es peor, sean tensas e incluso conflictivas, provocando desgaste emocional y aun sufrimiento a una o ambas partes².

El propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 febrero 2019, sobre la que incidiré más adelante, reconoce que “las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno de sus hijos o todos ellos. Otras veces ya no es tanto la pérdida de contacto, sino relaciones entre progenitor e hijo francamente malas. Estas tensiones no son nuevas, pero hoy en día pueden haberse incrementando, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conllevan sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes” (FJ 3º.4).

La negativa de los hijos a relacionarse con sus progenitores, unida en ocasiones a una actitud agresiva o de absoluto rechazo y desprecio, ha empezado a ser cuestionada por estos últimos, para quienes ya no es suficiente con que tales conductas sean reprobables moralmente, sino que buscan en el Ordenamiento

² De acuerdo con B. RIBERA BLANES, “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 484, cuyas palabras suscribo. Comparten esta apreciación A.L. CABEZUELO ARENAS, “La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación del pago de los alimentos”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 49, 2019, p. 3; y M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, p. 2994.

jurídico algún tipo de medida correctiva³. Así, en los últimos años se han multiplicado ante los órganos judiciales las pretensiones dirigidas, primero, a desheredar a los hijos o, en su caso, a revocar las donaciones que se les haya podido efectuar en vida y, en fechas más recientes, a extinguir los alimentos que les son debidos.

Si tales demandas no han dejado de proliferar últimamente, el examen de la jurisprudencia revela que es en el ámbito de las rupturas matrimoniales donde encuentran su principal caldo de cultivo. Nos encontramos así con rupturas muy conflictivas en las que se ven implicados los hijos, lo que genera en muchas ocasiones un deterioro progresivo de sus relaciones con alguno de sus progenitores, habitualmente el no custodio, hasta llegar a la situación extrema de romper, una vez llegada a la mayoría de edad, todo vínculo afectivo con éste, que no su dependencia económica⁴. Esta situación de ruptura libre y consciente del vínculo afectivo o sentimental con los progenitores ha merecido la calificación por parte del Tribunal Supremo de “abandono emocional” (STS de 13 junio 2014, FJ 2º.6).

Sucede, sin embargo, que a fecha de hoy el Código civil no ha sido adaptado a esta realidad social⁵, en cuanto que, pese a las constantes modificaciones de que ha sido y es objeto en materia de familia, permanece prácticamente inalterado en lo que hace a los efectos derivados de las relaciones paterno filiales. De este modo, en Derecho civil estatal un progenitor que se encuentre en la situación expuesta con sus hijos sólo puede desheredarlos y, por extensión, pretender el cese de los alimentos de que sean beneficiarios⁶ cuando la falta de relación afectiva o los conflictos existentes alcancen el grado de maltrato de obra o injuria grave de palabra (art. 853.2ª Cc) o, lo que resulta más extremo, cuando hayan sido condenados penalmente por haber atentado contra su vida (art. 756.2º, al que se remite el propio art. 853 Ccab *initio*)⁷. En términos igualmente restrictivos

³ Como señalan, igualmente, B. RIBERA BLANES, “La falta...”, cit., p. 485; y P. ORTUÑO ORTÍN, *Hijos ingratos*, eds. del Azar, Madrid, 2020, pp. 13-14.

⁴ Como advierte, asimismo, M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “La nula atención...”, cit., p. 2988. Recomiendo, igualmente, la lectura de P. ORTUÑO ORTÍN, *Hijos...*, cit., p. 55-75.

⁵ Según puede leerse en la STS de 19 febrero 2019 (FJ 3º.5) y, en la doctrina, M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “La nula atención...”, cit., p. 2994.

⁶ Interesa recordar al respecto que el art. 152.4º Cc incluye, entre las posibles causas de extinción de la obligación legal de alimentos, la comisión por el alimentista de “alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”, lo que implica una remisión a las causas de desheredación que, en lo que aquí interesa, no son otras que las del art. 853 Cc (causas para desheredar a hijos y descendientes).

⁷ De “conductas muy concretas, muy graves y de difícil prueba” habla M. PÉREZ ESCOLAR,

se expresa el art. 648.1º C respecto a las donaciones, en cuanto sólo permite al donante instar su revocación si el donatario ha cometido algún delito contra su persona, honor o bienes. De no ser así, los hijos, pese a incurrir en tal actitud de desapego afectivo, van a conservar frente a su progenitor el derecho a ser alimentados en los términos previstos en el art. 142 Cc y, cuando fallezca, el derecho a la legítima que, además -no se olvide-, peca de excesivamente amplia, ya que en el art. 808 Cc todavía se mantiene en la cuantía de dos tercios⁸. Es más, si han recibido alguna donación en vida de su progenitor, van a ser mantenidos en la misma.

Asimismo, el Código del Derecho Foral de Aragón omite esta concreta problemática, aunque la forma en que aborda las relaciones paterno-filiales resulte, a mi juicio, mucho más ponderada tanto en vida de ambas partes implicadas como tras el fallecimiento de los progenitores. Así, el Código foral en un planteamiento, a mi juicio, más acorde con las actuales concepciones sociales no se limita a regular las relaciones entre padres e hijos durante la minoría de edad de estos, sino que articula un régimen jurídico *ad hoc* respecto de los hijos mayores de edad, del que resultan no solo obligaciones paternas sino también importantes deberes filiales (arts. 58, 69 y 70 CDFFA)⁹. A partir de ahí, en lo que aquí interesa, ya adelanto que en Derecho aragonés las relaciones entre padres con hijos a cargo mayores de edad no sólo se articulan a través de la obligación legal de alimentos de los arts. 142 ss. Cc, sino complementariamente mediante la prórroga del deber de crianza y educación prevista muy razonablemente hasta los veintiséis años en el art. 69 CDFFA¹⁰. Asimismo, en Derecho aragonés, como es sabido, los progenitores gozan de una mayor libertad que en Derecho estatal para disponer de sus bienes *mortis causa* y, en general, a título gratuito, toda vez que sus hijos y des-

“Causas de desheredación y flexibilización de la legítima”, en A. Dóminguez Luelmo y M.P. García Rubio, (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liberamicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 1142.

⁸ Una crítica al sistema actual de legítimas del Código civil puede verse en mi trabajo “Retos del Derecho civil español: A propósito de la necesaria reformulación del Código civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 2018, pp. 224-226.

⁹ En particular, el art. 58 CDFFA versa sobre los *deberes de padres e hijos durante toda su vida*, el art. 69 CDFFA sobre los *gastos de los hijos mayores o emancipados* y el art. 70 CDFFA sobre la *convivencia con hijos mayores*. Repara, asimismo, en esta circunstancia M.C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en AA.VV., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, coords. M.C. Bayod y J.A. Serrano, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, pp.125 y 137.

¹⁰ Como advierte atinadamente M.C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., p. 128.

endientes sólo tienen derecho a la mitad de su caudal¹¹ en concepto de legítima (art. 486 CDFa). Además, la legítima aragonesa es colectiva, de tal manera que, como dispone el art. 486 CDFa, “puede distribuirse, igual o desigualmente entre todos o varios de los descendientes, o bien atribuirse a uno solo”. Y no solo ello, sino que los arts. 512 y 513 CDFa facultan al disponente a excluir a sus hijos -en general, a los legitimarios de grado preferente- de su sucesión, sin necesidad de que incurran en causa de desheredación¹². De lo hasta aquí expuesto resulta, por consiguiente, que, en el caso de encontrarse los progenitores en la situación anteriormente descrita de despego emocional por parte de sus hijos, el Derecho aragonés puede proporcionarle ciertos mecanismos dirigidos a paliar los efectos abusivos que pueden derivarse de las mismas. No obstante lo anterior, el Código foral, como ya se ha indicado, no ofrece una respuesta específica a esta concreta problemática ni en sede de prórroga de los gastos de crianza y educación ni en sede de la legítima, con un régimen de las causas de desheredación inspirado en buena medida en el Código civil¹³.

Por lo que hace a los restantes Derechos civiles que rigen en España, sólo el Código civil de Cataluña ofrece una respuesta explícita al respecto. Así, en el texto legal catalán la falta de relación familiar es causa de desheredación (art.

¹¹ Resultante de sumar *donatum* y *relictum*, como aclara A. SÁNCHEZ RUBIO, “§ 23. La legítima”, en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, dtor. J. Delgado y coord. M.A. Parra, El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 4ª ed., 2012, pp. 621 y 636.

¹² Coincide en esta apreciación la SAP de Zaragoza núm. 455 de 12 julio 2016, advirtiendo, además, de la escasa aplicabilidad de la desheredación en Derecho aragonés en atención a la especial configuración de la legítima: “La desheredación de hecho en el Derecho aragonés tiene poco campo de aplicación en la medida en que la regulación de la legítima aragonesa se configuró en su día como colectiva y en beneficio de hijos y descendientes sin necesidad de atribución de concreta cuota individual, siendo suficiente la expresión de la mención a uno de los legitimarios en la disposición testamentaria para cumplir con el requisito necesario para su exclusión. Sólo en el caso de que el causante quiera dejar sin efecto la legítima atribuida por la norma, cabe que opte por la alegación en aquella disposición de su existencia, lo cual exige su realidad y su constancia en el pacto sucesorio, testamento o ejecución de fiducia. Así se configura en la regulación del artículo 509 del CDFa”.

¹³ De igual modo que en Derecho estatal, en Derecho aragonés un progenitor que se encuentre en la situación descrita sólo puede desheredar a sus hijos cuando la ruptura de relación familiar vaya acompañada de maltrato de obra o injuria grave (art. 510.c CDFa) o, lo que resulta más extremo, cuando hayan sido condenados penalmente por haber atentado contra su vida (art. 328.b al que se remite el art. 510.a CDFa). Salvo error u omisión, la jurisprudencia aragonesa todavía no se ha pronunciado a favor de una interpretación extensiva del art. 510.c CDFa que dé cabida al maltrato psicológico, como así ha hecho, en cambio, el Tribunal Supremo (SSTS STS de 3 junio 2014, de 30 enero 2015, de 13 mayo 2019 y de 24 de mayo 2022, reseñadas en texto).

451-17.2.e)¹⁴ y, por remisión, causa de extinción de la obligación de alimentos (art. 237-13.2.e)¹⁵, siempre que sea exclusivamente imputable al legitimario/alimentado y, por añadidura, manifiesta y continuada. Las razones argüidas para ello tienen que ver con el “fundamento familiar” de ambas instituciones y “el sentido elemental de justicia que es subyacente”, según puede leerse en el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (§ VI Legítima y cuarta vidual)¹⁶. La previsión legal permite constatar, además, que en Derecho catalán la ausencia de relaciones familiares se desvincula de la causa de desheredación que tiene su origen en el “maltrato grave”, prevista en el art. 451-17.c CcC, para operar como causa independiente¹⁷.

Este silencio generalizado en nuestro Ordenamiento jurídico, excepción hecha del Derecho catalán, ante una realidad social cada vez más frecuente como la descrita no ha impedido que progresivamente se haya consolidado una jurisprudencia favorable a extraer consecuencias negativas de estos comportamientos indeseados de los hijos, en una interpretación ciertamente muy flexible del marco normativo aplicable.

¹⁴ Es más, como advierte A.I. CABEZUELO ARENAS, “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2015, pp. 1-2, en Derecho catalán esta causa de desheredación, al igual que la referida al maltrato grave (art. 451-17.c CcC), está diseñada para que pueda ser esgrimida no sólo por los ascendientes frente a los descendientes, como sucede en el Código civil respecto del maltrato, sino también a la inversa.

¹⁵ A este respecto interesa recordar que el art. 237-13 CcC prevé, entre las causas de extinción de la obligación de prestar alimentos, “el hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17”.

¹⁶ Ciertamente, el Preámbulo de la Ley 25/2010 del Libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a persona y familia omitió cualquier aclaración sobre los motivos de la inclusión de esta nueva causa extintiva de la obligación de alimentos. Sin embargo, coincido con J.A. PÉREZ FENOLL, “La ausencia de relaciones familiares como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos en el Codi civil de Catalunya”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2012, p. 919, cuando defiende la aplicación a la misma de las razones argüidas previamente en la Ley 10/2008 en orden a su incorporación como causa de desheredación, aunque el presupuesto sea distinto, en sede de sucesiones.

¹⁷ Nótese, además, que a fecha de hoy está prevista la reforma de esta causa de desheredación, toda vez que en julio de 2022 la Generalitat de Cataluña ha aprobado un Anteproyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código civil de Cataluña que, en lo que aquí interesa, modifica su art. 451-29, al objeto de invertir la carga de la prueba, atribuyéndola al legitimario, cuando la causa sea la falta de relación familiar con el causante. De este modo, cuando los progenitores pretendan el cese de los alimentos debidos a sus hijos mayores con base en esta causa, corresponderá a éstos acreditar su inexistencia, esto es, que la falta de relación no les es imputable exclusivamente.

El punto de partida de esta novedosa doctrina jurisprudencial se sitúa en la STS de 3 junio 2014 que calificó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, al entender que se trata de “una acción que determina un menoscabo o lesión en la salud mental de la víctima” y, por ende, “debe entenderse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”, el cual, como se ha indicado, sí se incluye expresamente entre las causas de desheredación previstas en el art. 853 Cc. El Alto Tribunal fundamenta la inclusión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra “en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante” (FJ 2º.4)¹⁸. Ulteriormente, han reproducido esta doctrina la STS de 30 enero 2015 (FJ 2º), la STS de 13 mayo 2019 (FJ 3º) y la STS de 24 de mayo 2022 (FJ 3º).

Al año siguiente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 julio 2015 hizo extensiva tal interpretación a la revocación de donaciones por ingratitud, sentando la doctrina jurisprudencial según la cual “el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código civil”, por cuanto se trata de una “conducta socialmente reprobable [que] reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante” y, por consiguiente, su comisión “atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante”(FJ 3º.3)¹⁹.

¹⁸ Por lo que hace al concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo considera que los recurrentes en casación (hijos del causante que han solicitado la declaración de nulidad de la cláusula de su testamento por la que han sido desheredados y el reconocimiento subsiguiente de su derecho a la legítima) han incurrido “en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana (a quien instituyó heredera universal), sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno, situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios” (F.J. 2º.6). Por todo ello, desestima el recurso de casación, confirmando así la sentencia dictada en apelación, a su vez, confirmatoria de la dictada en primera instancia desestimatoria de la pretensión de los ahora recurrentes.

¹⁹ Por lo que hace al concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo considera acreditado “el maltrato en toda su extensión” por parte de la recurrente en casación (donataria e hija de los donantes), “agravado por su relación filial y exteriorizado en diversos episodios de trato despectivo y humillante que culminaron en una bofetada a su padre e insultos e injurias graves a su madre” (F.J. 3º.4). Por todo ello, estima el recurso de casación y anula la sentencia dictada en apelación,

Como puede apreciarse, en las sentencias hasta aquí mencionadas el Tribunal Supremo ofrece una lectura extensiva tanto de las causas de desheredación como de las de revocación de donaciones por ingratitud que permite sancionar la conducta de los hijos en una etapa de su vida que permite presumir que la tienen ya resuelta, con unos progenitores de edad avanzada que pretenden privarles en su testamento de la legítima o de una donación hecha con anterioridad, al constatar que aquéllos han incurrido en maltrato psicológico o de obra²⁰.

No obstante, en 2019 el Tribunal Supremo decide ir más allá en su intento de poner coto a este tipo de conductas, reinterpreta su doctrina para aplicarla a los alimentos debidos a los hijos, mayores de edad pero que se encuentran en una fase más temprana de su relación con sus progenitores y, por ende, en situación de dependencia económica. Me refiero a la ya mencionada STS de 19 febrero 2019 que aborda específicamente la cuestión objeto del presente discurso, esto es, si la conducta de desapego afectivo que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede amparar la extinción de la pensión alimenticia que recibe de este. La respuesta del Alto Tribunal, ya adelantado, no solo va a ser afirmativa, sino que, además, aborda novedosamente la ausencia de relación familiar desvinculándola de la existencia de maltrato, inspirándose claramente en el Derecho catalán. Así, sólo requiere para apreciar esta causa de extinción la existencia probada de una falta de relación manifiesta entre padres e hijos “imputable de modo principal y relevante” a éstos, pero sin el agravante de que sea catalogada como maltrato.

II. EL DEBER DE ASISTENCIA A LOS HIJOS MAYORES: RÉGIMEN JURÍDICO Y FUNDAMENTO

Antes de analizar en detalle esta nueva doctrina jurisprudencial y su incidencia ya no solo en los territorios de Derecho civil común, sino también en Aragón, procede abordar cuál es el tratamiento jurídico de los alimentos debidos a los hijos mayores, así como qué fundamento justifica tal deber de los progenitores. He optado para ello por distinguir entre, de una parte, el Código civil y, de otra, el Código del Derecho Foral de Aragón, habida cuenta de las importantes diferencias que los separan.

Interesa advertir, sin embargo, *a priori* que el art. 39 CE sólo impone a los padres el deber de asistencia respecto de sus hijos menores de edad, remitiéndose

para confirmar, en su lugar, el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia estimatoria favorable a revocar por ingratitud la donación hecha a la ahora recurrente por sus progenitores.

²⁰ Como pone de relieve certeramente B. RIBERA BLANES, “La falta...”, cit., pp. 486-487.

en lo que hace a los hijos mayores de edad a la legislación aplicable²¹. A partir de ahí, tal deber se articula en en el Código civil español a través de la obligación legal de alimentos (arts. 142 a 153), en el Código civil catalán a través de los alimentos de origen familiar (arts. 237-1 a 237-14) y en el Código foral aragonés a través de la prórroga de los gastos de crianza y educación (art. 69). Los restantes Derechos civiles que rigen en España carecen de normativa específica al respecto, siendo de aplicación supletoria el régimen del Código civil y, por ende, la interpretación de que ha sido objeto por el Tribunal Supremo.

1. LOS ALIMENTOS LEGALES ENTRE PADRES E HIJOS MAYORES DEL CODIGO CIVIL

En el Código civil los alimentos debidos por los progenitores a los hijos mayores se incardinan en el régimen legal de los “alimentos entre parientes” (arts. 142 a 153), a complementar con lo dispuesto en el art. 93.2 Cc en orden a su posible reclamación en el proceso de ruptura matrimonial. Se configuran así como “alimentos autónomos”, por cuanto son producto de una obligación independiente como es la obligación legal de alimentos, en contraposición a los alimentos debidos a los hijos menores, que se encuentran insertos o absorbidos en la institución de la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 154.31º Cc²².

Ahora bien, como clarificó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 noviembre 2008 (FJ 3º), ello no significa que, al llegar a la mayoría de edad, se produzca la extinción automática de los alimentos a los hijos a la par que la de la patria potestad. Al contrario, tal obligación se extiende hasta que éstos alcancen suficiencia económica. Eso sí, cambia su régimen jurídico que pasa a ser, como se ha

²¹ En particular, el art. 39.3 CE impone a los padres el deber de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”. Como señala J. RIBOT IGUALADA, “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1998, p. 1132, con este precepto 5el constituyente no quiso prejuzgar la libertad del legislador a la hora de regular las obligaciones de los padres respecto de sus hijos mayores, aun con discapacidad.

²² Tomo aquí prestada la distinción elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (entre otras, SS de 16 marzo 2006 y de 10 mayo 2018) entre “alimentos autónomos” y “alimentos institucionales” que también opera en el Código civil de Cataluña. De esto modo, pueden calificarse de “alimentos institucionales” los debidos a los hijos menores por razón de la potestad parental (art. 236-17.1) y de “alimentos autónomos” a los “alimentos de origen familiar”, incluidos los debidos a los hijos mayores de edad (arts. 237-1 a 237-14).

indicado, el previsto en los arts. 142 ss. Cc, lo que incide tanto en su fundamento como en su alcance o contenido²³.

De este modo, el fundamento del deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos mayores ya no radica en los deberes inherentes a la filiación y, en particular, a la patria potestad como sucede respecto de los hijos menores *ex art.* 154 Cc²⁴, sino en el principio más amplio de solidaridad familiar a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 1 marzo 2001 y de 21 septiembre 2016)²⁵. En este sentido, la obligación de alimentos vendría a ser la traducción legal del deber moral de responsabilidad que todos tenemos respecto a aquellos cuya vida nos es más próxima como son los parientes enunciados en el art. 144 Cc y, en especial, los hijos. Ahora bien, a mi entender, difícilmente esta solidaridad familiar puede invocarse en abstracto, esto es, sin tomar en consideración en qué circunstancias socio-económicas, culturales y políticas viven hoy las familias²⁶. En otras palabras, resulta innegable que la forma de desenvolverse las relaciones familiares en el momento presente es asaz diferente a cuando se dio entrada a la obligación legal de alimentos en el Código civil en 1889, de tal manera que la solidaridad familiar que la sustenta ya no puede predicarse como un principio absoluto, sino debidamente moralizado por la actual realidad social con unas estructuras familiares en constante evolución y, además, unas coberturas de asistencia social que, aún insuficientes, antes no existían²⁷. De esta visión

²³ De acuerdo con B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, cit., p. 490; A.I. BERROCAL LANZAROT, “La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020, p. 480; G. VELAMAZAN DELGADO, “Extinción de la pensión alimenticia causada por la ausencia de relación afectiva”, *La Toga Digital*, 2020, p. 6 (URL: consultada el 12 diciembre 2022); y I. BERIAIN FLORES y L. IMAZ ZUBIAUR, “La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial”, *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 34, p. 127.

²⁴ En particular, el art. 154.2 Cc incluye dentro del contenido personal de la patria potestad los deberes-facultades de “velar por los hijos menores no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral” (la cursiva es nuestra).

²⁵ STS de 1 marzo 2001: “La obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 de la Constitución española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia” (FJ 1º).

²⁶ Sigo aquí las interesantes aportaciones de J. RIBOT IGUALADA, “El fundamento...”, cit., pp. 1128-1129 y 1138.

²⁷ A este respecto M. CUENA CASAS, “Comentario al art. 142 Cc”, en AA.VV., *Comentarios al Código civil*, t. I, dtor. R. Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1444-1445, sostiene que, a la hora de valorar la situación de necesidad para reclamar alimentos, “deben tenerse en

parece participar la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, al poner en relación dicho principio con la conducta de los hijos, sancionando el parasitismo social (STS de 1 marzo 2001) y, más recientemente, el abandono emocional (STS de STS de 19 febrero 2019).

Es más, durante la minoría de edad de los hijos tal deber es incondicional, presumiéndose su necesidad y sin importar la mayor o menor dificultad que tengan sus progenitores para darle cumplimiento ni el grado de reprochabilidad en la falta de atención de aquellos para formarse, tal y como precisa la SSTS de 12 febrero 2015 (FJ 3^o)²⁸. Por consiguiente, según puede leerse en la misma resolución, ante una situación de dificultad económica del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia a favor de su hijo menor, “lo normal será fijar (...) un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio para el progenitor alimentante” (FJ 3^o)²⁹.

No sucede lo mismo respecto a los alimentos debidos a los hijos mayores, toda vez que, desde el momento en que se incardinan sin matices en la obligación legal de alimentos, implican “la existencia de dos partes, una acreedora que debe reunir la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda” (STS de 1 marzo 2001).

cuenta las prestaciones sociales a que el beneficiario tiene derecho, no pudiéndose admitir tal reclamación cuando las mismas no se hubiesen necesitado, pues faltaría el requisito del estado de necesidad”. Esta afirmación puede completarse con las interesantes reflexiones sobre las carencias del Estado del bienestar y el papel de la familia como prestadora de servicios de E. ROCA TRÍAS, “La familia y sus formas”, *Teoría & Derecho*, núm. 2, 2007, p. 51, y *Libertad y familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2012, 97-99; y J. RIBOT IGUALADA, *idem*, pp. 1151 y 1161-1177, quien propone *de legeferenda* una necesaria reconsideración de la obligación legal de alimentos por insuficiencia de su justificación actual, al menos en los términos tan amplios en que está formulada.

²⁸ En la doctrina se expresan en términos similares E. ABAD ARENAS, “Reclamación de alimentos en favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal”, *Revista UNED*, núm. 12, 2013, pp. 30-31; Y. BUSTOS MORENO, “Consideraciones acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista de Derecho privado*, núm. 6, 2018, p. 117; y B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, *cit.*, p. 490.

²⁹ Ulteriormente reiteran esta doctrina, entre otras, las SSTS de 15 julio 2015, de 18 marzo 2016, de 20 julio 2017 y de 29 septiembre 2022.

De ello resulta, en interpretación del Tribunal Supremo (STS de 5 noviembre 2008, FJ 3º), que el derecho de alimentos de los hijos mayores sólo rige cuando se encuentren en una “situación de verdadera necesidad” y “no meramente asimilada a la de los hijos menores”; y, por añadidura, siempre que tal necesidad no le sea imputable o, lo que es lo mismo, no haya sido creada por su propia conducta. A partir de ahí, dado que el Código civil no limita la edad de los hijos para percibir alimentos (como advierte la misma resolución y, en fechas más recientes, la STS de 21 septiembre 2016)³⁰, el Alto Tribunal ha calificado de determinante a los efectos de reconocerles tal derecho su actitud personal en orden a alcanzar la independencia económica (STS de 21 septiembre 2016, FJ 3º), tratando de evitar así el denominado “parasitismo social”. De este modo, es constante la jurisprudencia según la cual la falta de diligencia de los hijos tanto en su periodo formativo (STS de 28 octubre 2015) como, una vez concluido el mismo, en la búsqueda de empleo (SSTS de 1 marzo 2001, de 17 junio 2015 y de 21 septiembre 2016) pueden justificar la extinción de su derecho a alimentos o, al menos, su limitación temporal y/o cuantitativa. En definitiva, la atribución de la condición de alimentistas a los hijos mayores requiere la concurrencia de dos presupuestos: primero, la existencia de una situación de necesidad, entendida como falta de independencia económica o, lo que es lo mismo, carencia de ingresos insuficientes para atender a sus necesidades básicas; y segundo, la falta de imputabilidad, en el sentido que dicha situación no obedezca a causas que les sean imputables³¹.

Además, importa recordar desde la perspectiva del alimentante que, de acuerdo con los arts. 147 y 152.2º Cc, la disminución de los recursos económicos de los progenitores podrá determinar la modificación o, incluso, la extinción de la obligación cuando no puedan satisfacerlos sin atender a sus propias necesidades³². Y es que, en tal caso, en palabras del Tribunal Supremo, “la falta de medios determina otro mínimo vital, el del alimentante totalmente insolvente”, cuyas

³⁰ La conveniencia de fijar en el Código civil un límite de edad a los alimentos debidos a los hijos mayores no es una cuestión pacífica entre la doctrina, con autores a favor de tal limitación, tratando así de procurar un justo equilibrio de los intereses de alimentantes y alimentistas, posición que personalmente comparto en línea con lo dispuesto en el art. 69 CDFA; y autores en contra, por entender que ello implicaría dejar de considerar otros factores socio-económicos que podrían hacer variar la situación de los hijos. Este debate doctrinal puede consultarse en M. MADRIÑÁN VÁZQUEZ, “Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores desde el punto de vista sustantivo”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 17, 2020, pp. 180-182.

³¹ En palabras de Y. BUSTOS MORENO, “Consideraciones...”, cit. pp. 117-118.

³² Como también pone de relieve E. ABAD ARENAS, “Reclamación de alimentos...”, cit., p. 31.

necesidades habrán de ser cubiertas por aquellas personas que por disposición legal están obligadas a hacerlo, entre ellas, los hijos (STS de 2 marzo 2015, FJ 2º) y, en su caso, subsidiariamente a través de los servicios sociales (STS de 18 marzo 2016, FJ 2º)

Otra diferencia importante entre los alimentos debidos a los hijos menores y mayores reside en su alcance o contenido, toda vez que durante la minoría de edad se presupone que los hijos necesitan de alimentos en el sentido más amplio, como, de hecho, precisa el art. 236-17.1 CcC, en sede de potestad parental³³. De ahí que parezca más adecuado hablar de un deber de mantenimiento, incluyendo, más allá de lo que resulta del tenor literal del art. 154 Cc, no solo lo necesario para vivir, sino la satisfacción de cualquier tipo de cuidado necesario para el desarrollo de su personalidad integral³⁴.

En cambio, tratándose de hijos mayores el contenido de la obligación de alimentos no se rige por el art. 154 Cc³⁵, sino que se circunscribe a “todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” y, adicionalmente, a los gastos de educación, en caso de encontrarse todavía en formación (art. 142.1 y 2 Cc)³⁶.

Aclarado lo anterior, dos son los supuestos que pueden plantearse respecto a los alimentos a los hijos mayores. El primero y más frecuente tiene que ver la litigiosidad vinculada al conflicto conyugal de los progenitores. En este supuesto, el art. 93.2 Cc posibilita la reclamación de los alimentos debidos a los hijos mayores en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, encontrándose legitimado a tal efecto el progenitor que conviva con ellos en el domicilio familiar, según matizó la STS de 24 abril 2000 (FJ 2º)³⁷. Se trata así que el progenitor

³³ De acuerdo con B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, cit., p. 490; y J.A. PÉREZ FENOLL, “La ausencia de relaciones...”, cit., p. 45.

³⁴ Según matizan E. ABAD ARENAS, “Reclamación de alimentos...”, cit., p. 208, con cita de jurisprudencia menor; y J.A. PÉREZ FENOLL, *ibidem*.

³⁵ Como advierte E. ABAD ARENAS, “Reclamación de alimentos...”, cit., pp. 29-30, con cita de jurisprudencia menor al respecto.

³⁶ En este sentido Y. BUSTOS MORENO, “Consideraciones...”, cit., p. 119, se refiere a la finalidad formativa como uno de los presupuestos esenciales del derecho de alimentos de los hijos mayores.

³⁷ Interesa recordar al respecto que la STS de 24 abril 2000 se dictó en recurso de casación por interés de ley, al objeto de unificar la interpretación sobre el alcance del art. 93.2 Cc en orden a la legitimación activa para reclamar alimentos de los hijos mayores en el proceso matrimonial concerniente a sus padres, habida cuenta de que dicho precepto no clarifica este extremo. El Tribunal Supremo optó por atribuirle al progenitor conviviente, no así a los hijos, interpretando que el art.

que en el momento de ruptura permanece con los hijos cubriendo sus necesidades perciba del progenitor no conviviente la contribución que le corresponda en proporción a su caudal respectivo, habida cuenta del carácter mancomunado de esta obligación³⁸. Ahora bien, tal legitimación del progenitor conviviente se supedita, en todo caso, a la concurrencia de los requisitos contemplados en el art. 93.2 Cc³⁹: primero, que el hijo mayor carezca de recursos económicos, ya que, de no concurrir este presupuesto, carecería de la condición de necesitado requerida por los arts. 142ss.Cc a los que se remite expresamente el art. 93.2; y segundo, que conviva con el progenitor legitimado para reclamarlos, “convivencia que no puede entenderse en el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que comporta entre las personas que la integran” (STS de 24 abril 2000, FJ 2º).

El segundo supuesto, muy excepcional, se refiere a los hijos mayores de edad que no conviven ya con ninguno de sus progenitores, pero necesitan de su auxilio

93.2 Cc no establece “norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges [...] únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales, así como las accesorias relativas a los llamados *efectos civiles* entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quienes éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia”. Posteriormente reproducen esta doctrina, entre otras, las SSTS de 12 marzo 2019 y de 10 abril 2019.

³⁸ A este respecto la STS de 24 abril 2000 (FJ 2º) interpreta que “del art. 93.2 del Código civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo matrimonial se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos los aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar al otro progenitor su contribución a los alimentos debidos a los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93 párrafo 2º del Código civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procesos matrimoniales medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores se fundamenta, no en indudable derecho de esos hijos de exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto de uno de los progenitores”. De obligación mancomunada habla E. ABAD ARENAS, “Reclamación de alimentos...”, cit., pp. 23 y 36-37, con cita de abundante doctrina al respecto.

³⁹ A este respecto la STS de 24 abril 2000 (FJ 2º) afirma que “los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales se establecen en el propio art. 93.3 párrafo 2º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios”.

por carecer de recursos propios⁴⁰. En este caso, enmarcado estrictamente en los arts. 142 ss.Cc, la legitimación para reclamarlos corresponde exclusivamente a aquellos por la vía del juicio verbal (art. 250.1.8º LEC)⁴¹. Al tratarse de una obligación mancomunada, la demanda habrá de dirigirse contra ambos progenitores, aunque ello obviamente si el incumplimiento proviene de los dos⁴².

2. LA PRÓRROGA DE LOS GASTOS DE CRIANZA Y EDUCACIÓN DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

Distinto tratamiento del tema aquí abordado ofrece el Código del Derecho Foral de Aragón, toda vez que, como he advertido *ab initio*, incluye un precepto, el art. 69, dedicado específicamente a los gastos de los hijos mayores o menores emancipados. Dicho precepto, ubicado en sede de “Deber de crianza y autoridad familiar” (Capítulo II del Título II del Libro I), presenta, además, la peculiaridad de que, una vez llegados los hijos a la mayoría de edad o en caso de emanciparse por alguna de las vías previstas a tal efecto por los arts. 30 a 32 CDFA, no pasan a regirse automáticamente en lo que hace a su derecho a alimentos por el régimen de la obligación legal entre parientes. En su lugar, son beneficiarios de un régimen especial que se traduce en la prórroga del deber de sufragar los gastos de crianza y educación a que están sujetos sus progenitores, durante su minoría de edad, como titulares de su autoridad familiar⁴³.

⁴⁰ Como advierte J. RIBOT IGUALADA, “El fundamento...”, cit., pp. 1139-1140.

⁴¹ Tal es el caso resuelto por la STS de 23 febrero 2000: una hija mayor de edad que, habiendo abandonado voluntariamente el domicilio familiar para vivir su vida conforme a sus propias reglas y no las que le pretenden imponer sus progenitores, interpone una demanda contra ambos, solicitando el pago de una pensión de alimentos “más los gastos académicos y médico-farmacéuticos que acredite”. El Tribunal Supremo confirma, con buen criterio, el fallo de la Audiencia desestimatorio de dicha pretensión con base a dos argumentos: primero, porque “lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza”; y segundo, porque la demandante “no ha acreditado que su nueva vida esté desprovista del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y sobre todo no se ha probado una incapacidad permanente, total o parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual”. Así sucede, igualmente, en la SAP núm. 31 de Bilbao de 9 enero 2020 y en la SAP de Córdoba núm. 95 de 28 enero 2020, ambas desestimatorias, la primera por maltrato físico y psicológico a la madre y la segunda, por falta de relación con los progenitores imputable principalmente a la hija.

⁴² De acuerdo con A.I. BERROCAL LANZAROT, “La extinción...”, cit., p. 500.

⁴³ Como puede leerse en la STSJ de Aragón de 16 abril 2012 (FJ 4º): “en lugar de tener que acudir

Al objeto de su debida contextualización, el art. 69 debe ponerse en relación con el art. 58 CDFFA -precepto sin equivalente en el Código civil- que impone a padres e hijos el deber recíproco de asistencia, incluido el deber de prestar alimentos, durante toda su vida⁴⁴.

A partir de ahí, durante la minoría de edad de los hijos, en Derecho aragonés tal deber de alimentos se incardina en los deberes vinculados a la autoridad familiar (arts. 63 y 65 CDFFA), al igual que sucede en Derecho civil estatal respecto a la patria potestad (art. 154.31º Cc) y, por ende, tiene carácter unilateral.

Una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad o, en su caso, la emancipación -y aquí radica la singularidad del Derecho aragonés-, aun extinguiéndose la autoridad familiar *ex art. 93.1.b CDFFA*, se mantiene respecto a ambos progenitores⁴⁵, aun en caso de ruptura de su convivencia⁴⁶, la obligación de sostenimiento que deriva de aquella-esto es, el deber de cubrir sus gastos de crianza y educación-, siempre que se den los presupuestos del art. 69 CDFFA y con los límites fijados en el mismo⁴⁷. De no ser así, cesa tal obligación y los alimentos debidos

al régimen más exigente general de alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento derivada de la autoridad familiar”.

⁴⁴ Según clarifica el mismo precepto en su aptdo. 2, tal deber de asistencia excede de la obligación de alimentos para incluir, asimismo, el deber de contribuir equitativamente, mientras perviva la convivencia, a la satisfacción de las necesidades familiares; contribución que puede ser de índole personal (art. 66) y/o económica (art. 67).

⁴⁵ Como afirma la STSJ de Aragón de 20 junio 2018 (FJ 5º): “Los gastos de asistencia del artículo 69 CDFFA incumben por igual a ambos progenitores proporcionalmente a sus recursos, y no se permite que uno de ellos quede excusado por el hecho de que la contribución del otro pueda llegar a satisfacer un determinado monto de las necesidades del hijo para finalizar su formación. En última instancia la mayor aportación de uno permitirá que el hijo disfrute de más medios para el fin que se persigue, pero esa mayor contribución no extingue la obligación del otro, que deberá hacerlo en la medida de sus propios recursos”.

⁴⁶ Según precisa el Voto particular del Magistrado L.I. PASTOR EIXARCH a la STSJ de Aragón de 21 marzo 2012 (FJ 2º): “En Aragón, en los casos previstos en el artículo 69 CDFFA, las obligaciones de contribución a los gastos de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar se mantienen plenamente vigentes aunque el hijo alcance la mayoría de edad o esté emancipado, sin necesidad de acudir al régimen general de prestación de alimentos, y sin que cambie tal régimen en el supuesto regulado en el artículo 82, de que exista ruptura de la convivencia”.

⁴⁷ Así lo explica la STSJ de Aragón de 16 abril 2012 (FJ 4º): “El art. 69 CDFFA establece un régimen especial de observancia de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar, aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegada a la mayoría de edad [...] De modo que, aun siendo ya el hijo titular de los derechos y obligaciones que comparte la plena adquisición de la capacidad de obrar y libertad de actuación correspondiente a haber alcanzado la emancipación o mayoría de edad, sin embargo se mantiene su derecho y consiguiente obligación de los padres, de que estos sufragen su sostenimiento.

a los hijos mayores pasan a regirse por el régimen general de los alimentos entre parientes previsto en los arts. 142 ss.Cc⁴⁸, cuya aplicación queda expedita sólo entonces a tenor de lo dispuesto art. 69.2 *in fine* CDFA (“sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos”).

Coincido así con la siguiente afirmación vertida por el Magistrado L.I. Pastor Eixarch en su Voto particular a la STSJ de Aragón de 21 marzo 2012 respecto al sostenimiento de los hijos mayores: “en el art. 69 CDFA la vía de reclamación del artículo 142 del CC pasa a segundo plano, pues, primero, se estará al mantenimiento de las obligaciones derivadas de la autoridad familiar. Y sólo cuando

Para que esta situación especial llegue a producirse debe darse la concurrencia de los presupuestos previstos en tal norma, esto es, que el hijo no haya terminado su formación y que, además, carezca de recursos propios. Presentes tales presupuestos, la norma aragonesa no exige acudir al régimen, sino que, respecto de los gastos de crianza y educación, ordena que literalmente que *se mantendrá el deber de los padres de costearlos*”. En términos similares se expresan en la doctrina J.A. SERRANO GARCÍA, “Comentario al 69 CDFA”, en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, dtor. J. Delgado Echeverría y coords. C. Bayod López y J.A. Serrano García, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, p. 182; y C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en AA.VV., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, coords. M.C. Bayod y J.A. Serrano, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, pp. 138-139.

⁴⁸ En tal sentido se expresan, en la jurisprudencia, la STSJ de Aragón de 16 abril 2012 (FJ 4º): “Bien si se incurre en falta de los presupuestos precisos, bien se den las razones para término del específico régimen de alimentos del artículo 69 CDFA, el efecto es el mismo, de extinción del derecho y correlativa obligación de alimentos porque, aunque nacieron en el seno de la autoridad familiar, fueron prolongados a pesar de que tal autoridad familiar preexistente ya había terminado. En consecuencia, a partir del momento en que deje ser de aplicación la obligación de sostenimiento vinculada a la autoridad familiar que terminó, no cabe entender ya la prolongación o mantenimiento que prevé el texto legal. En tal caso, quedará a salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título, como también prevé de modo específico el propio artículo 69 CDFA, párrafo segundo, al dejar a salvo la posibilidad del hijo de reclamar por la vía del régimen general de alimentos”; la STSJ de Aragón de 5 febrero 2013 (FJ 5º): “caso de haberse terminado el mantenimiento de la obligación de sufragar los gastos de crianza y educación por esta vía estudiada de su mantenimiento, sin solución de continuidad, como derivada de la autoridad familiar que se perdió al llegar el hijo a los 18 años de edad, quedará la posibilidad de éste de instar la oportuna reclamación de alimentos de carácter general, tal y como prevé el artículo 69.2 CDFA en su inciso final”; y la STSJ de Aragón de 28 marzo 2014 (FJ 4º): “cabe que una persona no tenga derecho a que sus progenitores continúen sufragando sus gastos de crianza y educación, y tenga sin embargo derecho a la prestación de alimentos entre parientes”, para, a continuación, matizar que “de ello no se deduce que, si no concurre el supuesto de hecho contemplado en el artículo 69, pueda aplicarse en todo caso la regulación del Código”. En la doctrina se expresan en términos similares J.A. SERRANO GARCÍA, “Comentario al 69 CDFA”, cit., p. 183; y Coinciden en esta interpretación MERINO HERNÁNDEZ, F. MATA RIVAS y L. GIL NOGUERAS, *Derecho Foral de Aragón. Memento experto*, Francis Lefevre, Madrid, 2011, p. 89.

esta prórroga no exista, no proceda o se extinga y, por tanto, ya al margen de la relación de autoridad familiar, es cuando deberá acudirse al deber general de alimentos regulado en el CC” (FJ 2º)⁴⁹.

Este régimen especial del art. 69 CDFa, sin precedentes en Derecho español, fue novedosamente incorporado al Ordenamiento jurídico aragonés en virtud de la Ley 23/2006 de Derecho de la Persona (art. 66), por abierta inspiración de los Códigos civiles alemán y portugués⁵⁰. Según puede leerse en la STSJ de Aragón de 2 septiembre 2009 (FJ 3º), se trataba así de “dar respuesta a los problemas que en la práctica plantea la situación de los hijos ya mayores de edad pero que carecen de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla”⁵¹.

En cualquier caso, conviene insistir en que la obligación que dicho precepto impone a los progenitores no es propiamente la obligación legal de alimentos, sino una prolongación de uno de los deberes derivados de la autoridad familiar

⁴⁹ El mismo Magistrado incide en esta interpretación en el FJ 2º de su Voto particular a la STSJ de Aragón de 11 febrero 2015: “sólo una vez que terminan todas las relaciones propias de la autoridad familiar aragonesa inicial, que fue prolongada más allá de la mayoría de edad por razón del mantenimiento de la formación del hijo, es cuando el artículo 69 deja expedita la posible aplicación del artículo 142 y siguientes del Código civil. Pero mientras la autoridad familiar aragonesa mantiene su vigencia, debe estarse a las previsiones del Código del derecho Foral de Aragón, sin posibilidad de imposición de normas del Código civil”, e insiste en su FJ 4º: “sólo una vez terminada la previsión propia de la autoridad familiar por su total extinción es cuando el Código del Derecho Foral de Aragón cita el artículo 142 del Código civil y, aun en este caso, no lo invoca para asumirlo en la norma aragonesa (...) sino sólo para dejar a salvo que el hijo mayor de edad, fuera ya del proceso matrimonial, pueda tomar, si lo estima oportuno, la decisión de reclamar a su amparo los alimentos previstos en el Código civil”.

⁵⁰ Según puede leerse en la *Memoria del texto articulado del proyecto de ley de actualización del Derecho civil en Aragón en materia de Derecho de la persona. Segunda entrega correspondiente al Título II: De las relaciones entre ascendientes y descendientes*, Zaragoza, 2004, p. 60 (documento inédito), cuya autoría corresponde a J.A. SERRANO GARCÍA, vocal de la Comisión aragonesa de Derecho civil.

⁵¹ Dicha sentencia reproduce la justificación que de este precepto ofrece J.A. SERRANO GARCÍA en la *Memoria...*, cit., p. 60. Con mayor detalle se expresa la STSJ de Aragón de 25 febrero 2021 (FJ 3º): “esta regulación es favorable para los hijos o hijas que, llegados a la mayoría de edad o a la emancipación, no han completado su formación profesional, pues, aunque no tengan recursos económicos propios pueden continuar sus estudios, confiados en que la norma establece para los progenitores la obligación de costearlos, deber que se extiende hasta que el hijo o hija alcance la edad de veintiséis años. Sin esta norma de Derecho propio, estos jóvenes se podrían ver compelidos a dar por terminada su formación, sin alcanzar niveles a los que aspirasen, aunque los padres tuviesen capacidad económica para satisfacerlos”.

como es el de sufragar los gastos de crianza y educación de los hijos⁵². Ello se traduce en un régimen jurídico propio y, por consiguiente, en un alcance y fundamento diferentes.

Así lo clarifica el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Sentencia de 17 junio 2013 (FJ 5º), con base en los siguientes argumentos: “La obligación que regula el repetido precepto no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores; es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación. Tiene esa misma naturaleza. Primero, porque se ubica en el Capítulo II dedicado al Deber de crianza y autoridad familiar. Segundo, por la expresión *se mantendrá* que utiliza. Tercero, porque cuando el propio precepto alude al derecho del hijo a reclamar alimentos en el inciso final del apartado segundo, está dando por sentado que cabe que el hijo no tenga derecho a que le sean sufragados aquellos gastos de crianza y educación y sí, en cambio, a los que correspondan a alimentos en sentido estricto (artículo 142 del Cc)”⁵³.

El mayor alcance del deber impuesto a los padres por el art. 69 CDFa respecto de la obligación legal de alimentos ha sido puesto de relieve por el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Así, la STSJ de Aragón de 17 junio 2013 (FJ 5º) afirma que “la obligación que regula el repetido precepto [69 CDFa] no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores”. De ello resulta, por consiguiente, que su contenido excede del previsto por el art. 142 Cc respecto de la obligación de alimentos, para incluir los gastos de asistencia que generen los hijos en orden a su cuidado, desarrollo y formación, ya sean ordinarios o extraordinarios necesarios⁵⁴, de acuerdo con el art. 82 CDFa, puesto en relación con el art. 65 CDFa⁵⁵.

⁵² Me permito discrepar de la lectura que ofrece de este precepto P. ESCUDERO RANERA, “Deber de crianza y autoridad familiar. Principios generales”, en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, coord. J.L. Merino, Zaragoza, 2009, 2011, p. 211, como un mero trasunto del art- 142.2 Cc.

⁵³ Reitera esta declaración la STSJ de Aragón de 20 junio 2018 (FJ 5º). Por su parte, la STSJ de Aragón de 1 junio 2022 (FJ 5) afirma de modo similar que “No puede confundirse el derecho de alimentos entre parientes a los que se refiere la regulación que contempla este precepto [art. 142 Cc] con los gastos de crianza y educación de los hijos”.

⁵⁴ Coincido en este punto con C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., p. 144, cuando afirma que el art. 69 CDFa no incluye los gastos extraordinarios no necesarios, los cuales se pagarán conforme a los acuerdos a los que lleguen los progenitores o, en su defecto, por el que haya decidido la realización del gasto.

⁵⁵ Como clarifica la STSJ de Aragón de 17 junio 2013 (FJ 4º): “son gastos de asistencia a satisfacer en cumplimiento del deber de crianza y educación (artículo 65.1.b y c del CDFa), no alimen-

Las divergencias también se manifiestan en orden al fundamento de ambas obligaciones que vinculan a los padres respecto de sus hijos mayores. A este respecto, creo que puede defenderse que el deber de los padres de cubrir los gastos de crianza y educación de sus hijos mayores no se fundamenta en el principio general de solidaridad familiar como sucede con la obligación legal de alimentos, sino más bien en los deberes inherentes a la filiación y, en particular, a la autoridad familiar⁵⁶. Y es que, como afirma la STSJ de Aragón de 17 junio 2013 (FJ 5º), en Derecho aragonés los hijos mayores, siempre que cumplan los presupuestos del art. 69 CDFa, “se considera que deben seguir gozando del estatus del menor” en lo que hace concretamente a su asistencia o mantenimiento, aunque ya no estén sujetos a la autoridad familiar, que -no se olvide- se configura en el art. 63.1 CDFa como el medio adecuado para cumplir el deber de crianza y educación. Tal deber de asistencia puede así categorizarse, a diferencia de la obligación legal de alimentos del Código civil, no como “alimentos autónomos”, sino como “alimentos institucionales”, en cuanto se origina en razón de otra institución como es la autoridad familiar⁵⁷.

tos legales para hijos mayores”. Por su parte, el Magistrado L.I. PASTOR EIXART en su Voto particular a la STSJ de Aragón de 11 febrero 2015 (FJ 2º) advierte atinadamente que “los gastos y cargas propios de la crianza y educación comprenden, por su generalidad y por la previsión del art. 65.1.b CDFa, todos los conceptos que puedan presentarse bajo el término de contenido más reducido, y propio del Código civil, de *alimentos*(...) No cabe, por tanto, entender que la autoridad familiar en Aragón, inicial o prorrogada, se rija por dos normas al mismo tiempo, de modo que fuera el CDFa aplicable a la *crianza y educación* y el Código civil a los *alimentos*, sino que es un solo precepto el que debe observarse mientras exista la autoridad familiar originaria, y también cuando se haya alcanzado la mayoría de edad y se dé la situación prevista en el artículo 69 del CDFa, que comprende los tres contenidos de crianza, educación y alimentos”.

⁵⁶ Siguen la línea argumental aquí defendida la STSJ de Aragón de 12 mayo 2010 (FJ 2º) cuando declara que “el artículo 66 de la Ley 13/06 [actual art. 69 CDFa] regula prolongación de la *obligación derivada de la autoridad familiar que relaciona a padres con hijos menores*, mientras que el artículo 1523 del Código civil (...) se refiere a un *deber más amplio, generado por el mero vínculo familiar*”; la STSJ de Aragón de 16 abril 2012 (FJ 4º) cuando afirma que el art. 69 CDFa “establece un régimen especial de observancia de la *obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar*, aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegado a la mayoría de edad”; la STSJ de Aragón de 5 febrero 2013 (FJ 5º) cuando se refiere al “mantenimiento [de la obligación de sufragar los gastos de crianza y educación], sin solución de continuidad, como *derivada de la autoridad familiar* que se perdió al llegar el hijo a los 18 años de edad”; e, igualmente, el Voto particular formulado por el Magistrado L.I. PASTOR EIXARCH a la STSJ de Aragón de 21 marzo 2012 cuando afirma que “el art. 69 CDFa [...] mantiene los *deberes de sostenimiento propios de la autoridad familiar* en Aragón respecto de todos los hijos, aun cuando [...] hayan adquirido todos los derechos y deberes propios de haber alcanzado la mayoría de edad” (las cursivas son nuestras).

⁵⁷ Reproduzco, de nuevo, la distinción elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Ahora bien, como ya he apuntado, el régimen previsto en el art. 69 CDFA, dado su carácter especial, se circunscribe a aquellos hijos mayores que se encuentren, no exactamente en situación de necesidad como sucede en el Código civil⁵⁸, sino en periodo de formación profesional y, además, que carezcan de recursos propios para mantenerse y satisfacer los gastos de educación⁵⁹. De ambos presupuestos, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pese a reconocer *a priori* su carácter acumulativo⁶⁰, parece haber puesto el acento en el relativo a la formación, en cuanto descarta la aplicación del art. 69 CDFA una vez que los hijos la han concluido y, por tanto, esté en condiciones de acceder al mercado laboral, aun careciendo de recursos que garanticen su independencia económica⁶¹. De igual modo, el Tribunal Superior ha optado por identificar la

(entre otras, SSTSJ de Cataluña de 16 marzo 2006 y de 10 mayo 2018) entre “alimentos autónomos” y “alimentos institucionales”. De este modo, por lo que hace al Derecho civil aragonés pueden calificarse de “alimentos institucionales” los debidos a los hijos menores (arts. 63 y 65 CDFA) y, por extensión, a los hijos mayores dependientes económicamente y en formación (art. 69 CDFA); y de “alimentos autónomos” los alimentos debidos a los hijos mayores que hayan culminado su formación y, por ende, sean independientes económicamente (arts. 142 ss. Cc, de aplicación supletoria en Aragón).

⁵⁸ De acuerdo con la STSJ de Aragón de 2 septiembre 2009 (FJ 5º), “el artículo 66.1 de la Ley aragonesa de Derecho de la Persona [actual art. 69 CDFA] (...) no establece una prolongación temporal del deber de los padres de sufragar los gastos de sus hijos mayores en cualquier caso de falta de independencia económica, sino sólo cuando se dan las circunstancias en él previstas”.

⁵⁹ Interesa reproducir aquí las siguientes palabras de la STSJ de Aragón de 25 febrero 2021 (FJ 3º): “para que sea aplicable la norma contenida en el artículo 69 CDFA es necesario que conste, como hecho probado o aceptado por las partes en el proceso, que el hijo (...) no ha concluido la formación, de modo que está en disposición, tiene aptitudes y ánimo para continuarla, pero carece de recursos propios para mantenerse y satisfacer los gastos educativos”.

⁶⁰ Al que se refieren, las SSTSJ de Aragón de 2 septiembre 2009 (FJ 3º), de 12 mayo 2010 (FJ 4º), de 30 noviembre 2011 (FJ 3º), de 16 abril 2012 (FJ 4º) y de 5 febrero 2013 (FJ 5º); y, en la doctrina, J.A. SERRANO GARCÍA, “Comentario al 69 CDFA”, cit., p. 182; y C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., p. 142.

⁶¹ Así, se desprende de las siguientes afirmaciones vertidas por la STSJ de Aragón de 30 diciembre 2011 (FJ 2º): “no resulta ajustado a la previsión de la norma señalar el momento de la independencia económica de los hijos mayores como límite a la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, pues dicho límite legal se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido y no en la independencia económica”; por la STSJ de Aragón de 4 julio 2012 (FJ 5º): “a partir de la fecha de la conclusión de estos estudios [una diplomatura y máster] dejó de tener derecho a dicha pensión en los términos establecidos en la sentencia de separación conyugal de sus padres (...) la existencia de un síndrome depresivo y de haber conseguido únicamente un trabajo precario del que obtenía escasa retribución, no determina que renazca el derecho a la pensión (...) a partir de ese momento si surge *ex novo* una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, la propia hija podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y siguientes del Código civil”; por la STSJ de Aragón de 13 mayo

formación requerida a tales efectos como aquella dirigida a obtener la capacitación necesaria para incorporarse en el ámbito laboral, excluyendo la que pueda ser tenida por complementaria, en particular, la preparación de oposiciones, la obtención de especialización -piénsese p.e. en el mir o un máster- o la realización de unos nuevos estudios para una nueva capacitación profesional⁶².

Es más, como advierte la STSJ de Aragón de 30 noviembre 2011(FJ 3º) aun concurriendo tales presupuestos, la prórroga del deber de crianza y educación de los padres está sujeta a una doble limitación: primera, “que sea razonable mantener la exigencia del cumplimiento de la obligación” por los progenitores; y segunda, “que sea normal el tiempo empleado para llegar a obtener la formación” por los hijos⁶³. El precepto deja así abierta la puerta a los operadores jurídicos para que ponderen la pervivencia o, en su caso, la extinción de tal deber en atención a las circunstancias del caso concreto⁶⁴, resultando particularmente relevante a tales efectos la existencia de una actitud diligente por parte de los hijos en el desarrollo de su formación o búsqueda de empleo⁶⁵, pero también, a mi entender, su actitud personal hacia sus progenitores. Puede así cuestionarse, ya adelante, que los hijos tengan derecho a ser mantenidos por sus padres si incumplen

2020 (FJ 4º): “emplear los criterios de carencia de recursos, de independencia económica (...) para decidir acerca de la prolongación establecida en el artículo 69 CDFA infringe la doctrina sentada por esta Sala para su interpretación”; en el Voto particular del Magistrado L.I. PASTOR EIXARCH a la STS de 21 marzo 2012 (FJ 4º): “el referente para entender terminado el mantenimiento de las obligaciones de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar es que el hijo haya terminado su formación y, por tanto, esté en condiciones de acceder al puesto de trabajo, y no que el hijo que estuviera a cargo de uno de los progenitores tuviera recursos propios o hubiera tenido trabajo estable”, idea en la que insiste más adelante en el FJ 5: “una vez que el hijo mayor de edad ha adquirido la necesaria formación esa esta situación de mantenimiento de las obligaciones de la autoridad familiar, aun cuando no tenga recursos propios”.

⁶² SSTSJ de Aragón 30 noviembre 2011 (FJ 4º), de 30 diciembre 2011 (FJ 2º), de 4 julio 2012 y de 13 mayo 2020 (FJ 4º).

⁶³ Se refieren, asimismo, a esta doble limitación las SSTSJ de Aragón de 2 septiembre 2009 (FJ 3º), de 12 mayo 2010 (FJ 4º), de 9 mayo 2012 (FJ 2), de 4 julio 2012 (FJ 4º) y de 5 febrero 2013 (FJ 5º).

⁶⁴ De la complejidad de esta valoración advierte M.A. CALLIZO LÓPEZ, “Obligación legal de alimentos respecto de los hijos mayores de edad: Análisis del artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, *Revista de Derecho civil aragonés*, t. XIX, 2008, p. 74,

⁶⁵ De acuerdo con las SSTJ de Aragón 2 septiembre 2009 (FJ 3º), de 17 julio 2017 (FJ 3º) y de 13 mayo 2020 (FJ 4º); y, en la doctrina, M.A. CALLIZO LÓPEZ, “Obligación legal...”, cit. pp. 74-75; P. ESCUDERO RANERA, “Deber de crianza...”, cit., p. 211; C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., 184, y Coinciden en esta interpretación MERINO HERNÁNDEZ, F. MATA RIVAS y L. GIL NOGUERAS, *Derecho Foral de Aragón. Memento experto*, Francis Lefevre, Madrid, 2011, p. 89.

los deberes de respeto y asistencia -personal, que no sólo patrimonial-⁶⁶que les impone el art. 58.1 CDFA y, más concretamente, en el caso de seguir viviendo en el domicilio familiar, si incumplen las reglas de convivencia que fijen razonablemente sus progenitores y/o su deber de contribución equitativa a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 70 CDFA)⁶⁷.

En tercer lugar, como destaca la precitada sentencia, el art. 69 CDFA establece una restricción adicional a la especial prolongación del deber de los padres de criar y educar a sus hijos, consistente en fijar su extinción a los veintiséis años, salvo que convencional o judicialmente se haya establecido una edad distinta. El cumplimiento de los veintiséis años por los hijos opera así, en principio, como un “límite final”⁶⁸de su derecho a ser mantenidos por sus progenitores por la vía de tal precepto. No obstante, como excepción a esta regla general, se contempla la posibilidad de que tal derecho se extienda más allá de este límite legal, siempre que, en virtud de acuerdo o por decisión judicial, se haya previsto otra edad diferente⁶⁹.Ello -entiéndase- sino ha cesado antes por no concurrir alguno de los presupuestos señalados o por haberse sobrepasado alguna de las limitaciones expuestas⁷⁰.

Todo ello convierte, en definitiva, el mantenimiento de los deberes de crianza y educación respecto de los hijos mayores en una regla de carácter excepcional -de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Superior-⁷¹ y dirigida a un fin

⁶⁶ De acuerdo con J.A. SERRANO GARCÍA, “Comentario al 58 CDFA”, cit., p. 166.

⁶⁷ De acuerdo con C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., p. 185, con quien coincido plenamente.

⁶⁸ Cfr. STSJ de Aragón de 30 diciembre 2011 (FJ 2º). De “límite insalvable” habla la STSJ de Aragón de 9 mayo 2012 (FJ 3º).

⁶⁹ Una cuestión muy debatida en la práctica forense tiene que ver con el tiempo en que tal acuerdo o decisión judicial tiene que tener lugar, toda vez que la norma no precisa este extremo, como pone de relieve la STSJ de Aragón de 17 julio 2017 (FJ 4º) para declarar la prórroga del deber de crianza y educación de un progenitor respecto de un hijo que, al tiempo de la presentación de la demanda por aquel solicitando su extinción, contaba ya con veintiséis años, sin que, por tanto, se hubiese producido la extinción de tal deber. Sucede, sin embargo, que el Tribunal Superior decide en el caso debatido que se supere el límite legal, pero sin fijar una edad distinta, como requiere el art. 69.2 CDFA, sino hasta que el hijo termine su formación superior, lo que no dice el precepto. En fechas más recientes, el Tribunal Superior vuelve a retomar esta cuestión en su Sentencia de 1 junio 2022 (FJ 5º) para matizar esta doctrina, según parece, afirmando que “sólo excepcionalmente persiste posteriormente, lo que exige que o en el convenio o en decisión judicial *previa* se hubiere fijado una edad distinta” (la cursiva es nuestra).

⁷⁰ Como afirma certeramente J.A. SERRANO GARCÍA, “Comentario al 69 CDFA”, cit., p. 183.

⁷¹ Se refieren al carácter excepcional de la previsión del art. 69 CDFA las SSTSJ de Aragón de 12 mayo de 2010, de 30 noviembre 2011, de 30 diciembre 2011, de 9 mayo 2012 y de 5 febrero 2013.

muy concreto como es permitir a los hijos mayores de edad que puedan completar su formación, aunque carezcan de recursos propios.

El Código foral coincide, sin embargo, con el Código civil en articular una doble vía procedimental para encauzar este tipo de pretensiones. La primera y más habitual tiene que ver con la litigiosidad vinculada a la ruptura matrimonial o extramatrimonial de sus progenitores⁷². En este caso, el art. 82 CDFa -de modo similar al art. 93.2 Cc- incluye la reclamación de los gastos de asistencia debidos a los hijos a cargo y, por ende, de los hijos mayores en formación⁷³ entre los efectos de la ruptura a dilucidar en el oportuno proceso⁷⁴, estando legitimado para ello el progenitor con el que convivan⁷⁵. Pero no cabe descartar la hipótesis de que el propio hijo mayor que no conviva con ninguno de sus progenitores los reclame al amparo exclusivamente del art. 69 CDFa, siempre que su situación se incardine en el supuesto de hecho que habilita la aplicación de la norma⁷⁶.

III. LA AUSENCIA DE RELACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS MAYORES COMO POSIBLE CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DEBER DE ASISTENCIA: LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA

Una vez examinado por separado el diferente tratamiento jurídico dispensado a los alimentos debidos a los hijos mayores por el Código civil y el Código del Derecho Foral de Aragón, corresponde ahora retomar el tema central del presente discurso para abordar en detalle la jurisprudencia vertida sobre el mismo.

⁷² Como señala M.A. CALLIZO LÓPEZ, “Obligación legal...”, cit., p. 64.

⁷³ De acuerdo con C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 137-138; C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., p. 169; y A. LÓPEZ AZCONA, “Las crisis familiares en la legislación aragonesa”, en AA.VV., *Las crisis familiares: Tratado práctico interdisciplinar*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 606, con cita de jurisprudencia.

⁷⁴ Sobre la aplicabilidad del art. 82 CDFa en caso de ruptura de la convivencia de los padres se pronuncian, igualmente, el Voto particular del Magistrado L.I. PASTOR EIXARCH a la STSJ de Aragón de 21 marzo 2012 (vid. *supranota* 46); y, en la doctrina, J.A. SERRANO GARCÍA, “Comentario al 69 CDFa”, cit., p. 183 y C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., pp. 149-150.

⁷⁵ De acuerdo con la STSJ de Aragón de 25 septiembre 2014 (FJ 3º), haciéndose eco de la precitada STS de 24 abril 2000 (vid. *supranotas* 38 y 39).

⁷⁶ Coinciden en esta interpretación J.L. MERINO HERNÁNDEZ, F. MATA RIVAS y L. GIL NOGUERAS, *Derecho Foral...*, cit., p. 89.

Pretendo así profundizar en la doctrina sentada por la STS de 19 febrero 2019 y su incidencia en la jurisprudencia menor, pero también cuál ha sido la posición del Tribunal Superior de Justicia de Aragón al respecto.

1. LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO DEL DERECHO CIVIL ESTATAL

A) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

a) EL PUNTO DE INFLEXIÓN: LA SENTENCIA DE 19 FEBRERO 2019

Como se ha señalado *ab initio*, la STS de 19 febrero 2019 ha supuesto un hito en la manera de abordar la cuestión relativa a los alimentos debidos a los hijos mayores, por cuanto sienta doctrina favorable a su posible extinción por la conducta de desapego afectivo que tenga un hijo mayor de edad respecto de uno o de ambos progenitores, sin que tal causa se encuentre contemplada expresamente entre las previstas en el Código civil (arts. 150 y 152 y, por remisión, art. 853).

Antes de profundizar en dicha doctrina, interesa dar a conocer el litigio planteado, así como los argumentos que se esgrimieron en primera y segunda instancia para declarar extinguida la pensión de alimentos que percibían dos hijos mayores de su padre con quien no convivían y, por ende, estimar la demanda formulada por éste.

Según consta en los antecedentes de la sentencia del Tribunal Supremo, el litigio ahí resuelto trae causa de la demanda de modificación de medidas de divorcio que interpuso en 2016 un padre no conviviente contra su ex mujer, solicitando la extinción de la pensión de alimentos de sus dos hijos mayores de edad (de veinticinco y veinte años, respectivamente) fijada en su momento (2007) en la sentencia de divorcio. Ello con base a la disminución de su capacidad económica y la actitud poco diligente de sus hijos en sus estudios, unido a su nula relación personal con el demandante.

La sentencia de primera instancia (SJPI núm. 23 de Madrid 25 noviembre 2016) estimó la demanda y declaró extinguidas las pensiones de alimentos de los hijos con base en la tercera de las causas alegadas. Así, declaró hecho probado el total desapego de ambos hijos hacia el padre, con quien no tenían ninguna relación desde hace años (diez y ocho años, respectivamente) ni tampoco intención de volver a verle. Pero, además, calificó ese manifiesto y continuado rechazo a su padre como una “alteración de las circunstancias de verdadera transcendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados”, lo que justificó el

fallo favorable al cese de la medida atinente a las pensiones de alimentos percibidas por ambos hijos con base en el art. 91 Cc, ya que, de lo contrario, “se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas”.

Frente a dicha resolución, la madre interpuso recurso de apelación ante la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, el cual fue desestimado en virtud de Sentencia de 23 enero 2018, con la consiguiente confirmación de la sentencia de primera instancia. La Audiencia coincidió con el Juez de primera instancia en calificar como alteración sustancial de circunstancias la negativa de los hijos a relacionarse con su padre por “decisión libre, querida y voluntaria”, situación ésta que aparece “consolidada” a tenor de la sentencia. Pero, en vez de acudir al enriquecimiento injusto, invocó el art. 152.4 Cc que -no se olvide- vincula la extinción de alimentos a las causas de desheredación, aunque sin mayor desarrollo argumentativo⁷⁷.

La madre recurrió esta resolución en casación ante el Tribunal Supremo, de una parte, por infracción de los arts. 142 y 152 Cc, puestos en relación con los arts. 90 y 91 Cc; y de otra, por interés casacional por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el cese de la obligación de alimentos a los hijos mayores, así como por la existencia de jurisprudencia menor contradictoria sobre la posible extinción de la pensión de alimentos del hijo mayor por falta de relación con sus progenitores alimentantes.

Así las cosas, la importancia de la STS de 19 febrero 2019 no radica tanto en su fallo, por cuanto fue estimatorio, casando así la sentencia recurrida y desestimando, por consiguiente, la demanda del padre, sino en dejar abierta la puerta a la posible apreciación de la causa de extinción que nos ocupa, siempre que concurren unos determinados presupuestos⁷⁸. Interesa reparar, en particular, en sus FJ 3º y 4º.

En el FJ 3º, el Tribunal Supremo desarrolla los argumentos que le llevarán a admitir esta nueva causa de extinción de los alimentos debidos a los hijos mayores. Empieza así cuestionando la motivación de las sentencias dictadas en pri-

⁷⁷ Como, igualmente, pone de relieve B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, cit., p. 507.

⁷⁸ Como también advierte A. CASTILLO SALDÍAS, “Comentario de la Sentencia nº 104/2019 de 19 de febrero de 2019 de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo español: abre la posibilidad de extinguir la pensión de alimentos de aquellos hijos mayores de edad que no mantengan relación con el progenitor obligado al pago de su pensión de alimentos”, *Revista Justicia y Derecho*, vol. 2, núm. 1, 2019, pp. 134.

mera y segunda instancia. Respecto a la sentencia de primera instancia considera que “no encuentra encaje normativo” a la extinción que acuerda de la pensión alimenticia del padre a favor de sus dos hijos mayores. En cuanto a la sentencia de apelación, admite que se acerca normativamente a la cuestión, al citar el núm. 4 del art. 152 Cc que remite a las causas de desheredación, pero no acaba de cerrar su argumentación, lo que no deja de ser cierto.

A partir de ahí, la sentencia aquí reseñada se hace eco de la tendencia favorable a revisar las causas de desheredación al objeto de su debida adecuación a aquellas nuevas realidades familiares en que los padres no mantienen relación alguna con sus hijos o, de haberla, es muy conflictiva. Esta novedosa línea de pensamiento -recuerda el Alto Tribunal- ha tenido su plasmación normativa en el Código civil de Cataluña (art. 451-17.e); pero no así en el Código civil, cuyo régimen en materia de causas de desheredación permanece prácticamente inalterado desde 1981. Ello ha llevado al Tribunal Supremo—según precisa en esta sentencia—a realizar un importante esfuerzo interpretativo para adaptar dichas causas a la actual realidad social, situándose el punto de inflexión en la STS de 3 junio 2014 que, como ya hemos señalado, calificó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, en una interpretación extensiva del art. 853. 2ª Cc. Posteriormente, han confirmado esta doctrina, entre otras, las SSTS de 20 julio 2015 y de 30 enero 2015, referidas respectivamente a las causas de desheredación y de revocación de donaciones por ingratitud del donatario. La Sentencia de 19 febrero 2019 justifica ahora su proceder, advirtiendo que no hay contradicción, como pretenden algunos, entre que, por un lado, se afirme que las causas de desheredación exigen una interpretación restrictiva; y, por otro, se extiendan las causas tasadas legalmente a conductas no previstas en el Código civil. A este respecto, el Alto Tribunal defiende la necesidad de distinguir entre dos planos, a la espera que el legislador reforme esta materia. Se debe admitir así una interpretación flexible conforme a la realidad social, el signo cultural y los valores del momento en que se producen, pero, a su vez, se impone una interpretación restrictiva a la hora de valorar si, en el caso concreto, se cumplen los presupuestos para que la causa exista, en atención al espíritu sancionador de las mismas.

Tras el recordatorio de su jurisprudencia más reciente sobre las causas de desheredación, el Tribunal Supremo entra en el núcleo del debate, esto es, “si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe de él o ha de seguir manteniéndose ésta”. A partir de ahí, el Tribunal Supremo se plantea si también aquí puede acudir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social y, en particular, de la referida en el art.

853.2ª Cc sobre el maltrato de obra. Para decidir esta cuestión invoca su jurisprudencia sobre la solidaridad familiar como fundamento de la obligación de alimentos (SSTS de 1 marzo 2001 y de 21 septiembre 2016, ya referidas), poniéndola en relación con la posible actitud reprobable de quien se considera necesitado.

Llegados a este punto, la sentencia toma un giro inesperado⁷⁹, por cuanto, en un planteamiento que difiere de su jurisprudencia hasta entonces recaída sobre las causas de desheredación, aborda la falta de relación familiar desvinculándola de la existencia de maltrato, extrapolando así la solución catalana que invoca expresamente. De este modo, a mi entender, el Tribunal Supremo, más que interpretar extensivamente la causa del art. 853.2ª Cc, está dando entrada en Derecho estatal a una nueva causa de desheredación y, por ende, de extinción de la obligación de alimentos⁸⁰. Ahora bien, vez admitida lo que entiende por interpretación flexible a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, recuerda la necesidad de adoptar un criterio interpretativo restrictivo a la hora de valorar la concurrencia de la causa en el caso enjuiciado; causa que traduce en la falta de relación entre alimentante y alimentista, siempre que sea manifiesta e imputable a éste “de forma principal y relevante”, en vez de forma exclusiva como prevé el art. 451-17.eCcC.

Aplicando esta doctrina al caso concreto en su FJ 4º, el Tribunal Supremo decide finalmente desestimar la pretensión del demandante, por cuanto, pese a no existir duda acerca de la falta de relación con sus hijos, no ha acreditado que obedezca de modo principal y relevante a éstos. Al contrario, según se reconoció en la sentencia recurrida y ahora anulada, tal falta de relación “puede” ser imputable a los hijos alimentistas, “sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades”.

b) LAS RESOLUCIONES ULTERIORES

Queda por ver si el Tribunal Supremo va a consolidar esta nueva doctrina en sentencias posteriores, como ha sucedido respecto de las causas de desheredación o, por el contrario, modificará, de nuevo, su criterio de decisión. De momento, lo cierto es que desde 2019 se ha sucedido una cascada de recursos de casación por infracción de la misma, sin que ninguno de ellos haya sido admitido por el Alto Tribunal por falta de justificación del interés casacional.

⁷⁹ Como advierte B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, cit., pp. 512-513, no sin cuestionarlo.

⁸⁰ Comparten este planteamiento B. RIBERA BLANES, *idem*, p. 514; y I. BERIAIN FLORES y L. IMAZ ZUBIAUR, “La falta de relación...”, cit., pp. 120 y 139, no sin advertir de los riesgos de este papel cuasilegislativo que se ha atribuido el Tribunal Supremo, percepción que personalmente comparto.

Sirva de ejemplo el ATS de 21 septiembre 2022 que inadmite el recurso de casación interpuesto por un padre contra la sentencia dictada en apelación que le condenó a pagar a su hijo no matrimonial una pensión alimenticia. Según consta en dicha resolución, la Audiencia estimó el recurso de apelación y, por ende, la pretensión de la madre de que se impusiera al padre una pensión de alimentos a favor del hijo común, ya mayor de edad, por no considerar acreditado que la falta de relación entre padre e hijo sea por causa “exclusivamente o, al menos, de forma principal y relevante” de éste, ya que la ruptura entre sus progenitores tuvo lugar cuando sólo tenía cuatro años y desde entonces no ha habido relación alguna entre ambos y, por extensión entre padre e hijo, sin que aquel haya hecho nada para reactivar la relación paterno filial ni tampoco ninguna aportación económica durante la vida del hijo para su sustento. Por su parte, el Tribunal Supremo inadmite el recurso por no entender infringida su doctrina, como pretende el recurrente “eludiendo la razón decisoria de la sentencia recurrida y los hechos probados”. El Alto Tribunal excluye así, con buen criterio, la aplicación automática de su doctrina, porque -afirma- “el criterio aplicable para la solución del problema jurídico planteado depende sustancialmente de las circunstancias que concurren en cada caso”. El Auto reseñado finaliza con un recordatorio de que lo que debe entenderse por “interés casacional”, a saber: “conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta sala (lo que constituye el presupuesto del recurso), para advertir, a continuación, que “ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el *interés casacional* que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podrá cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha”⁸¹.

B) LA JURISPRUDENCIA MENOR

Esta jurisprudencia sí ha calado, no obstante, entre las Audiencias provinciales, siendo ya varias las resoluciones dictadas en apelación favorables a declarar la extinción de los alimentos debidos a los hijos mayores por falta de relación familiar con base en la doctrina sentada por la STS de 19 febrero 2019, a la par que incorporan dos presupuestos adicionales como son su carácter manifiesto y continuado.

⁸¹ Pueden mencionarse, asimismo, los AATS de 8 junio 2022, de 29 junio 2022 y de 2 noviembre 2022.

Entre estas sentencias provenientes de la jurisprudencia menor interesa reparar, en primer lugar, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 126 de 17 marzo 2022, toda vez que resume la doctrina del Tribunal Supremo al respecto en la necesaria concurrencia de dos presupuestos: primero, que la falta de relación sea imputable de modo principal y relevante a los hijos alimentistas; y segundo, que tenga una intensidad y gravedad suficiente para constituir, por sí sola, causa para decretar la extinción de la obligación de alimentos. A partir de ahí, la Audiencia confirma el fallo de primera instancia favorable a la extinción de la pensión alimenticia de dos hijas de veinte años que solicita su padre en una demanda de modificación de medidas, por considerar que no existe causa que justifique el “reiterado y absoluto rechazo” de aquellas hacia éste. Así, ha quedado acreditado que desde el divorcio de sus progenitores se inició un alejamiento progresivo entre el padre y las hijas -entonces, de once años- que tuvo su punto de inflexión en el 2016 cuando el padre inició una nueva relación sentimental, que las hijas rechazaron sin causa justificada, negándose así a relacionarse con su padre, pese a sus intentos de mantener el contacto, al menos telefónico y por mensajería, con ellas.

Coinciden, asimismo, en declarar la extinción de la pensión de alimentos debida por el padre no conviviente respecto de sus hijos mayores a causa de un proceso de ruptura matrimonial la SAP de Pamplona núm. 27 de 27 octubre 2020, la SAP de Vigo núm. 525 de 7 diciembre 2020 y la SAP de Santander núm. 495 de 15 diciembre 2021.

En particular, la SAP de Pamplona núm. 27 de 27 octubre 2020 estima la demanda de modificación de medidas presentada por el padre al objeto se acuerde la extinción de la pensión que, desde su divorcio, abona a la madre para la hija común, ahora de diecinueve años. En este caso, según ha resultado probado, la negativa de la hija a relacionarse con su padre se inició siendo ésta todavía menor de edad, coincidiendo con el incumplimiento temporal por aquél de sus obligaciones alimenticias, lo que dio lugar a una reclamación judicial por la madre. Cumplida la mayoría de edad por la hija en 2017, la ruptura devino “total, absoluta y completa”, llegando ésta a invertir el orden de sus apellidos y publicando un libro en el que afirmaba no tener padre. La Audiencia revoca el fallo de primera instancia contrario a la extinción, por entender que el impago de la pensión, dado su carácter transitorio unido al intento fallido del padre de abrir una cuenta corriente a nombre de su hija donde ingresarle lo necesario para sus gastos, carece de la proporcionalidad suficiente como para suponer la ruptura absoluta y completa las relaciones paterno filiales”. Por lo demás, la Audiencia no considera acreditadas las amenazas, chantaje emocional e insultos que la hija alega haber recibido de

su padre. De ello resulta, por consiguiente, la existencia de una “absoluta falta de relación” entre alimentante y alimentista que posee las condiciones de principal, relevante, acreditada y duradera en el tiempo e imputable en exclusiva a su voluntad [de la alimentista], lo que implica la asunción de las consecuencias de sus actos y de las decisiones libérrimamente adoptadas por parte de persona mayor de edad” que en este caso se traducen en la pérdida de su derecho a alimentos.

La SAP de Santander núm. 495 de 15 diciembre 2021 revoca parcialmente la sentencia de divorcio dictada en primera instancia, en el sentido de no fijar pensión alimenticia a cargo del padre y a favor del hijo común -de veinticinco años-, por falta de relación absoluta desde hace once años. En este caso, según ha resultado probado, las desavenencias entre hijo y padre se iniciaron años antes de la ruptura matrimonial, obedeciendo a la única causa de “las riñas del padre al hijo por el abandono de sus estudios”. Ello permite concluir que “estamos ante una falta de relación manifiesta y que esa falta de relación es imputable, de forma principal y relevante al hijo”, lo que justifica la pérdida de su derecho de alimentos.

Opta por idéntico fallo contrario a la fijación de una pensión alimenticia a un hijo mayor de edad en un proceso de divorcio la SAP de Vigo núm. 525 de 7 diciembre 2020, sin que, a mi entender, resulte suficientemente acreditado que la falta de relación alegada por el padre sea imputable en exclusiva al hijo. Así, la Audiencia, tras reconocer el carácter manifiesto de la “carencia de relaciones afectivas y de comunicación” entre ambos desde hace años, concluye que “la falta de relación es imputable y de modo principal al propio hijo” por el solo hecho de no haberse acreditado por éste alguna razón que justifique el rechazo hacia su padre.

Por su parte, la SAP de Córdoba núm. 95 de 28 enero 2020 resuelve un supuesto muy excepcional en la práctica judicial como es el referido a una hija mayor que no convive ya con ninguno de sus progenitores, pero les reclama pensión de alimentos por carecer de recursos propios. Esta resolución tiene indudable interés, por cuanto niega el derecho de los hijos mayores a ser mantenidos por sus progenitores si abandonan el domicilio familiar por rechazar sus reglas de convivencia, rompiendo toda relación afectiva con aquellos. A tal respecto, la Audiencia afirma atinadamente que “una casa familiar no es un lugar donde se brinda hospedaje y servicio de cajero, sino un lugar de convivencia y respeto entre todos los que allí viven y se relacionan, y sin desconocer la posición de los padres como cabezas de familia, ello no hace que sea un lugar de ordenar por un lado, y obedecer por otro, sino de diálogo, decisiones comunes, cesiones indivi-

duales y convencimiento de la bondad de las reglas que en toda casa debe haber por el bien de todos, como principio de básico de toda convivencia con derechos y deberes”⁸². A partir de ahí, la Audiencia pone el acento en la falta de relación afectiva, para entender que, una vez que la hija se marchó del hogar familiar -ya fuese por su propia iniciativa o invitada por sus padres-, no puede pretender elegir la forma de percibirlos, ya que tal facultad no le corresponde a ella, sino a sus progenitores *ex art. 149 Cc* y éstos, en su contestación a la demanda, han solicitado la prestación de alimentos se lleve a cabo en domicilio familiar. A juicio de la Audiencia, no concurre la “justa causa” referida en este precepto para exceptuar esta facultad de elección atribuida a los alimentantes y, por ende, para justificar el rechazo de la alimentista a vivir en el hogar familiar, toda vez que resulta acreditada “una voluntad clara de los padres de reanudar la convivencia y de buscar una aproximación, y un posicionamiento de la hija de absoluto rechazo a hacia sus padres en términos que llegan a ser viscerales”.

Por último, un caso también singular resuelve la SAP de La Coruña núm. 238 de 22 julio 2020, toda vez que la pretensión de alimentos va dirigida por un hijo no matrimonial contra su progenitor, con quien, según consta en la propia sentencia, desde su nacimiento “no ha existido relación ni comunicación alguna”. La Audiencia, sin apenas aparato argumentativo, decide desestimar tal pretensión por no haberse acreditado por la parte reclamante que la causa de esta situación “de desapego o desafección mantenida en el tiempo” sea imputable al padre demandado y no al propio hijo, “como se desprende de su edad [diecinueve años] y el largo periodo de tiempo transcurrido por dicha relación”.

2. LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Como no podía ser de otra manera, la cuestión aquí abordada también se ha planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, así como ante las Audiencias Provinciales con sede en nuestra Comunidad Autónoma, no sin incurrir en cierta confusión sobre la normativa y, por extensión, la jurisprudencia aplicable al respecto. Y es que aquí conviene tener presente que el deber de crianza y educación respecto de los hijos mayores tiene sus propias causas de extinción

⁸² En la misma línea de la STS de 23 febrero 2000, reseñada *supra* en la nota 41. No obstante, interesa advertir que, en esta sentencia, el Tribunal Supremo decretó el cese de la obligación de alimentos no por la falta de relación afectiva imputable a la hija alimentista, sino por no haberse acreditado por ésta su situación de necesidad.

previstas en el art. 69 CDFA⁸³, lo que dificulta, a mi entender, la aplicación de la doctrina elaborada por la STS de 19 febrero 2019 respecto de la obligación legal de alimentos, como pretende la jurisprudencia menor más reciente.

No quiero decir con ello que discrepe del planteamiento de fondo, esto es, acerca de la posibilidad de que el deber de crianza y educación pueda extinguirse, como la obligación legal de alimentos, por la desafección afectiva de un hijo mayores respecto de sus progenitores, sino más bien de la argumentación en que puede fundamentarse que, a mi entender, pasa por la necesaria relectura del art. 69 CDFA, sin necesidad de aplicar supletoriamente el art. 152 Cc y la interpretación de que ha sido objeto por el Tribunal Supremo, lo que, por lo demás, no procede a tenor de lo dispuesto en el 1.2 CDFA⁸⁴. Y es que, como ya he señalado, creo que puede cuestionarse, con base en dicho precepto, la razonabilidad de mantener la exigencia del cumplimiento de la obligación por los padres no sólo cuando los hijos incurran en falta de diligencia en su formación o búsqueda de empleo como han entendido hasta ahora los tribunales aragoneses, sino también en caso de que rompan todo vínculo afectivo con aquellos de modo permanente y absoluto, ya que, a mi entender, tales conductas denotan un incumplimiento de los deberes de respeto y asistencia que el art. 58.1 CDFA impone recíprocamente a padres e hijos durante toda su vida.

A) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

Empezando por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la única ocasión en que se ha pronunciado sobre el particular es en su Sentencia de 28 marzo 2014, rechazando la pretensión del recurrente de declarar extinto su deber de sufragar los gastos de crianza y educación de su hija mayor de edad con base en la falta de

⁸³ Como advierte atinadamente C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., pp. 178-179, para enumerar, a continuación, las siguientes causas de extinción del deber de crianza y educación de los padres respecto de sus hijos mayores: 1. Que el hijo haya completado su formación; 2. Que el hijo tenga recursos propios; 3. Que no sea razonable exigir a los padres su cumplimiento. 4. Que el hijo se exceda en el tiempo normalmente requerido para terminar su formación; 5. Que el hijo cumpla veintiséis años; 6. La muerte del hijo; y 6. La muerte de los progenitores.

⁸⁴ Este precepto, esencial para entender las relaciones entre los Derechos civiles aragoneses y común, determina que “El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas”, lo que no es el caso que nos ocupa. Además, indica que la aplicación del Derecho civil general del Estado se hará “de acuerdo con los principios que informan” a las normas aragonesas.

relación imputable a ésta⁸⁵. En dicha resolución el Tribunal Superior, sin dejar de reconocer *a priori* que “el deber de sufragar los gastos de crianza y educación no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres”, sí parece dar a entender que, de existir maltrato por parte de la hija -circunstancia ésta alegada por el recurrente-, ello podría justificar su cese. Es más, llega aún más lejos al afirmar que, si las deficientes relaciones paterno filiales -en este caso, no acreditadas- “obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder de la hija, podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago”. De este modo, el Tribunal Superior, con anterioridad al Tribunal Supremo, ya aventuró la posibilidad de que, bajo ciertos requisitos, la falta de relación familiar entre padres e hijos mayores pudiera justificar la extinción del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, aunque propiamente tal causa de extinción no esté prevista en el art. 69 CDFa⁸⁶.

Sucede, sin embargo, que esta doctrina, meramente pergeñada en dicha sentencia, no se ha consolidado *a posteriori*. Es más, salvo error u omisión, el único recurso de casación que se ha formulado al respecto no ha llegado a ser admitido por el Tribunal Superior, por adolecer, a su juicio, de falta de precisión en la identificación de la infracción normativa en que ha incurrido la sentencia recurrida (ATSJA de 23 octubre 2020)⁸⁷.

⁸⁵ Según puede leerse en su FJ 6º, “a juicio del recurrente, no es razonable exigir al obligado a prestar alimentos que siga costeándolos en el caso que *el hijo perceptor mayor de 18 años no quiera tener relación de ningún tipo con el progenitor que ha de satisfacerlos*” (la cursiva es nuestra).

⁸⁶ Reproduzco íntegramente su FJ 6º por su interés: “El deber de sufragar los gastos de crianza y educación que establece los artículos 65 y concordantes del CDFa, no se condiciona a determinadas actitudes hacia los padres de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. Sucede, además, que en la sentencia recurrida no se encuentra referencia alguna, como tampoco en la de primera instancia, a la existencia de maltrato o injuria grave por parte de la hija al padre; en realidad, ni siquiera se da como probado que las relaciones entre padre e hija sean malas o inexistentes. En el caso de que pudiera haber base para entenderlo así acreditado o que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia su padre, eso tampoco sería suficiente para establecer que no es razonable el mantenimiento del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Pues sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paterno filiales, de modo que sólo si obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder de la hija podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago”.

⁸⁷ Según resulta de la lectura de su FJ 3º, las cuestiones planteadas por el recurrente en el motivo de casación (falta de aprovechamiento en los estudios y negativa de la hija a relacionarse con su padre causante de la enfermedad mental de éste) se fundan en preceptos de contenido heterogéneo como son el art. 69 y 510 CDFa y los arts. 6 y 151 Cc “e inciden en su mayor parte directa y exclusivamente en la valoración de la prueba”, lo que conlleva el “incumplimiento del presupuesto básico de claridad en la exposición del motivo de recurso” y, por ende, justifica la inadmisión del recurso.

B) LA JURISPRUDENCIA MENOR

Por su parte, las Audiencias provinciales -en particular, las de Zaragoza y Huesca- desde 2020 han optado por acoger la doctrina vertida por la STS de 19 febrero 2019 para resolver sobre el cese (o no) de las relaciones económicas entre padres e hijos mayores de edad con base en la falta de relación personal. De este modo, sólo si resulta debidamente acreditado que tal falta de relación personal es relevante y principalmente imputable a los hijos optan por declarar extinto el deber de los padres de cubrir sus gastos. Ahora bien, una lectura detenida de esta jurisprudencia menor revela, como ya se ha indicado, una cierta confusión del marco normativo aplicable, que -no se olvide-, en principio, es el art. 69 CDFA y no el Código civil, cuerpo legal en torno al cual gira la STS de 19 febrero 2019. Las sentencias consultadas coinciden, asimismo, en aplicar muy prudentemente esta doctrina, de tal manera que sólo una de ellas, la SAP de Zaragoza núm. 251 de 28 junio 2021, se pronuncia a favor de la admisión de esta causa de extinción, lo que me merece una valoración positiva, por entender que tal causa no puede convertirse en una vía de escape para aquellos progenitores que pretendan eludir el pago de los gastos de asistencia de sus hijos por su propio desapego hacia ellos⁸⁸.

Por lo que hace a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta tendencia favorable a extrapolar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de alimentos se inicia en su Sentencia núm. 67 de 19 febrero 2020 que decide mantener la obligación de un padre a costear los gastos de su hija mayor en formación, si bien reduciendo su montante en atención a la importante merma de ingresos experimentada por aquél. La Audiencia, pese a concurrir el supuesto de hecho previsto en el art. 69 CDFA, aplica el art. 152.4º Cc en la lectura de que ha sido objeto por el Tribunal Supremo en lo referente a la falta de relación, pero también al maltrato psicológico -en el que no luego entra, pese a ser alegado por el actor-⁸⁹. A partir de ahí, considera acreditada la falta de relación manifiesta y

⁸⁸ Advierten, asimismo, de este riesgo B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, cit., p. 525; G. VELAMAZAN DELGADO, “Extinción...”, cit., p. 48. Por su parte, I. BERIAIN FLORES y L. IMAZ ZUBIAUR, “La falta de relación...”, cit., p. 131, van más allá, afirmando, no sin cierto sesgo ideológico que personalmente no comparto, que esta apelación a la falta de relación es una mera excusa ideada por las defensas jurídicas de los progenitores no convivientes y alimentistas, generalmente varones, para no pagar las pensiones alimenticias.

⁸⁹ Jurisprudencia del Tribunal Supremo que resume del siguiente modo: “tanto el maltrato psicológico como la falta de relación manifiesta entre el progenitor y su hijo/a podría ser causa de extinción de la pensión alimenticia, pero también matiza que ha de aparecer probado que o bien el maltrato o bien la falta de relación manifiesta, es imputable cuando menos de manera relevante a los alimentistas”.

prolongada en el tiempo entre padre e hija que, incluso, le lleva a renegar de la pensión alimenticia -lo que no puede tenerse en cuenta, dado su carácter irrenunciable-; no así que el actor “haya puesto en acción todas sus habilidades como progenitor para poder recuperar a su hija”.

En su siguiente sentencia, la SAP de Zaragoza núm. 334 de 18 noviembre 2020 invoca exclusivamente la doctrina del Tribunal Supremo referida a la mera falta de relación familiar, para preservar, asimismo, la obligación de un padre de costear los gastos de un hijo mayor con discapacidad. La Audiencia desestima la pretensión del progenitor de que se declare extinto su deber de sufragar los gastos de crianza y educación del hijo por haber sobrepasado el límite de los veintiséis años, reconvirtiéndolo en un deber genérico de alimentos del art. 142 ss. Cc en atención a su situación de necesidad, sin que, además, se haya acreditado que la falta de relación alegada por su padre le sea imputable al hijo. Sin discutir lo equitativo del fallo, a mi entender, hubiera resultado más coherente con el tenor del art. 69 CDFA decretar la extinción del deber de sufragar los gastos de crianza y educación por haber cumplido el hijo veintiséis años, dejando a salvo la posibilidad de que éste pudiera tomar la decisión de reclamar los alimentos previstos en el Código civil⁹⁰.

Asimismo, puede citarse la SAP de Zaragoza núm. 110 de 23 marzo 2021 que desestima la demanda de modificación de medidas presentada por el padre al objeto se acuerde la extinción de la pensión que, desde su divorcio en 2007, abona a la madre para la hija común, ahora de veintitrés años. En el caso de autos, aun concurriendo los presupuestos del art. 69 CDFA (la hija está en formación y carece de recursos económicos propios), la Audiencia omite cualquier referencia a este precepto, para aplicar, en su lugar, la interpretación extensiva de que ha sido objeto el art. 152.4º Cc en relación con el art. 853.2ª Cc por la STS de 19 febrero 2019. Considera así no acreditado que “la falta de relación entre padre e hija sea, de modo principal y relevante, imputable a ésta”, sino a la inversa. Ello es así desde el momento en que el padre ya durante la minoría de edad de su hija incumplió por completo el régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio, sin que *a posteriori* haya tratado de reanudar la relación con ella.

Idéntico planteamiento adopta la SAP de Zaragoza núm. 251 de 28 junio 2021 para, en este caso, estimar la pretensión -formulada vía demanda de modifi-

⁹⁰ En interpretación del Magistrado J.I. PASTOR EIXARCH en sus Votos particulares a las SSTS de Aragón de 21 marzo de 2012 y de 11 febrero 2015 y que finalmente parece haber acogido la STSJ de Aragón de 13 mayo 2020.

cación de medidas- de una madre de que suprima la pensión alimenticia a su cargo para la hija común, de veinticinco años y en formación, que convive con el padre. La Audiencia, obviando, de nuevo, la aplicación del art. 69 CDFA, resuelve el caso desde la perspectiva de la obligación legal de alimentos⁹¹, considerando que, en el caso enjuiciado, concurren los presupuestos contemplados por la STS de 19 febrero 2019 para exonerar a la madre de su cumplimiento, por cuanto “es clara la decisión y conducta de la hija en orden a no mantener relación con su madre, con la que no tiene contacto alguno desde hace tres años y medio [momento en que abandonó el domicilio materno, interponiendo una denuncia contra ella], a pesar de los esfuerzos de esta última [en tratamiento psiquiátrico por este motivo] por comunicarse con ella, tiempo prolongado que no permite vislumbrar, por el momento, variación de la situación existente”.

Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 259 de 1 julio 2021 desestima una demanda de modificación de medidas interpuesta por un padre, dirigida a lograr la supresión o, en su caso, reducción de su obligación de contribuir a los alimentos de su hijo de veintitrés años fijada desde 2005 por sentencia de divorcio. Esta resolución sí invoca expresamente el art. 69 CDFA en atención a la situación del hijo, en formación y sin independencia económica. Pero, en vez de cuestionarse la posible inclusión de la falta de relación familiar entre las causas de extinción del deber de sufragar los gastos de crianza y educación referidas en este precepto, de nuevo acude mecánicamente a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 febrero 2021 respecto a las causas de desheredación y, por extensión, de extinción de la obligación legal de alimentos del Código civil. En aplicación de esta doctrina, la Audiencia considera acreditada tanto la falta de relación entre padre e hijo como su relevancia; no así, en cambio, que sea imputable principalmente al hijo, sino también al padre “quien tampoco se ha preocupado ni siquiera de conocer el domicilio de su hijo y mucho menos su teléfono ni su situación personal y económica”.

La doctrina descrita se mantiene en la SAP de Zaragoza núm. 156 de 10 mayo 2022, para rechazar, de nuevo, la pretensión de un padre para que se suprima la pensión de alimentos que está obligado a satisfacer desde su divorcio a favor de su hija ahora mayor de edad. Aquí la Audiencia prescinde de clarificar la concreta situación de la hija, centrándose en valorar la falta de relación que aduce

⁹¹ Como resulta claramente de la siguiente afirmación vertida en su FJ 3º: “basándose la obligación de prestar alimentos en el principio de solidaridad familiar, resulta lícita tal privación, no resultando equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares pueda beneficiarse de las ventajas de una institución cuyo fundamento son los vínculos parentales”.

su progenitor y, en particular, si concurren los requisitos fijados por el Tribunal Supremo para calificarla de causa de desheredación y, por extensión, de cese de la obligación legal de alimentos. La Audiencia reconoce así que la falta de relación entre padre e hija es “relevante e intensa y no obedece a una situación puntual”, toda vez que se prolonga desde hace años a raíz de unas “diligencias penales abiertas” contra aquél que conllevaron la suspensión del régimen de visitas. Pero no considera acreditado el requisito atinente a la imputabilidad principal de la hija, “ya que el actor y recurrente no ha acreditado ninguna iniciativa para retomar” la relación con ella.

El recurso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí se encuentra, sin embargo, plenamente justificado en la SAP de Zaragoza núm. 160 de 27 mayo 2022, toda vez que resuelve una demanda de alimentos interpuesta por una hija contra sus progenitores -divorciados- al amparo del art. 142 ss. Cc, tras decretarse el cese de su derecho a que le fuesen sufragados sus gastos de crianza y educación en un procedimiento de modificación de medidas. La Audiencia estima su demanda en relación con su madre, no así respecto de su padre, por cuanto no considera acreditado que la falta de relación que alega la demandante sea imputable también al padre.

De igual modo, la Audiencia Provincial de Huesca se ha hecho eco de la STS de 19 febrero 2019 en dos de sus sentencias, ambas desestimatorias de sendas demandas de modificación de alimentos formuladas por el padre al objeto se acuerde la extinción de la pensión que, tras su divorcio, abona a la madre para el hijo común ya mayor de edad.

La primera de ellas, SAP de Huesca núm. 168 de 22 junio 2021, coincide con la ya reseñada SAP de Zaragoza núm. 110 de 23 marzo 2021 en prescindir del art. 69 CDFA, aun concurriendo sus presupuestos (la hija no ha concluido sus estudios y carece de independencia económica), para adoptar sin fisuras la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo respecto a los arts. 152.4º y 853.2ª Cc. En aplicación de esta jurisprudencia, la Audiencia desestima la pretensión del padre en defecto de prueba alguna que acredite que la falta de relación sea imputable a la hija de modo principal y relevante, contando únicamente los datos aportados por la madre en su contestación a la demanda, “insuficientes para llegar otra conclusión”, a saber: que el padre interrumpió toda relación con la hija dos años antes de su mayoría de edad, sin que *a posteriori* se haya vuelto a poner en contacto ni interesado por ella, salvo una llamada telefónica cuando cumplió dieciocho años para clarificarle que ya tenía edad suficiente para ponerse a trabajar.

Posteriormente, la SAP de Huesca núm. 290 de 30 septiembre 2021 adopta idéntico fallo desestimatorio, acudiendo para ello a una argumentación norma-

tiva un tanto heterogénea. Así, la Audiencia inicia su fundamentación jurídica acudiendo a la doctrina del Tribunal Supremo en torno al Código civil que acoge no sin ciertas variantes, como resulta de la siguiente declaración: “se admite la extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad por ausencia manifiesta y continuada de relación familiar con el progenitor obligado al pago, si es por causa imputable al hijo alimentista. La desafección ha de ser manifiesta y continuada, achacable de modo principal y relevante al alimentista y, en todo caso, de interpretación restrictiva”. Acto seguido, invoca el art. 69 CDFA y la interpretación de que ha sido objeto el presupuesto atinente a la formación por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Pero, de nuevo, da un giro inesperado a su *iter* argumentativo, esgrimiendo sorprendentemente el art. 93.2 Cc, en vez del art. 82 CDFA, por considerar que tal es el precepto aplicable cuando los hijos mayores conviven con uno de los progenitores. Aplicando esta doctrina, no exenta de ambigüedad, al caso de autos, la Audiencia desestima la pretensión del recurrente de que se suprima la contribución económica del hijo por falta de relación, por cuanto esta no es imputable de modo principal y relevante a éste, sino que ha venido motivada, primero, por la elección de los estudios, “cuestión personalísima en la que los progenitores están llamados a aconsejar y opinar, pero no imponer”; y, segundo, por el destino de la pensión de alimentos, “que el alimentista ha defendido que fuera a manos de la madre con la que convive y que es quien debe administrarla junto con su contribución, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.2 Cc y 69 CDFA”. La Audiencia añade, además, lo que no deja de ser un matiz importante, a saber: que “la desafección o ruptura a tomar en consideración es entre alimentante -progenitor obligado al pago de la pensión- y alimentista -hijo mayor de edad económicamente dependiente- no con relación a la familia extensa”.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Para terminar, no me queda sino compartir con ustedes una serie de reflexiones personales sobre un tema tan vidrioso como el abordado en el presente discurso, en cuanto incide directamente en las relaciones entre padres e hijos. No se trata tanto de ofrecerles una conclusión final, sino de dejar abierto el debate, cara la futura reforma, a mi entender, muy necesaria del Código civil, pero también del Código foral aragonés, al objeto de adecuar sus respectivas previsiones a la actual realidad social en la que cada vez son más frecuentes las situaciones de ruptura de relaciones personales y desapego afectivo entre padres e hijos⁹².

⁹² Coincido aquí con M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “La nula atención...”, cit., p. 2994.

Y es que más allá del encomiable papel desempeñado por la jurisprudencia, particularmente del Tribunal Supremo, en orden a reinterpretarlos postulados normativos vigentes a la luz a los vertiginosos cambios experimentados por la familia en las últimas décadas, conviene no olvidar que en nuestro Ordenamiento jurídico (art. 1.6 Cc) no le tiene reservado el papel de fuente de producción jurídica, por más que se haya visto abocada a asumirlo ante la ausencia de reacción por parte del legislador a fecha de hoy.

Ciertamente, el Derecho no permite diseñar con precisión el marco en que han de desenvolverse las relaciones personales entre padres e hijos⁹³, pero sí puede extraer consecuencias jurídicas de su quiebra absoluta, cuando ésta venga causada por una de las partes implicadas de modo voluntario y plenamente consciente. Comparto así *a priori* el criterio de la jurisprudencia favorable a sancionar tales conductas de desafección afectiva con la privación de los derechos-deberes de tipo patrimonial derivados de las relaciones paterno filiales por imperativo legal.

Sucede, sin embargo, que los derechos legitimarios y los de alimentos o similares, aun teniendo un fundamento común como es la protección de la familia, obedecen a finalidades no totalmente coincidentes. De este modo, los derechos económicos de índole asistencial, ya se trate de alimentos o de gastos de crianza o educación, se dirigen a dar cobertura a las necesidades vitales de sus beneficiarios, por encontrarse en una situación de carencia o insuficiencia de recursos económicos propios o, adicionalmente, en fase de formación. En cambio, la legítima, tal y como está articulada en Derecho vigente -estatal y, más matizadamente, aragonés-, se justifica exclusivamente en la existencia de ciertos vínculos de parentesco entre los legitimarios y el causante, sin que dependa, en principio, de la situación de necesidad de aquéllos⁹⁴.

Llegados a este punto, la pregunta surge inevitablemente: ¿está justificado privar a los hijos mayores de cobertura económica para atender a sus necesidades

⁹³ Como señala E. ROCA TRÍAS, “La familia...”, cit., p. 49, respecto a las relaciones familiares en general.

⁹⁴ De acuerdo con E. ROCA TRÍAS, *Libertad y familia*, cit., p. 188; A. VAQUER ALOY, “Acerca del fundamento de la legítima”, *Indret*, núm. 4, 2017, pp. 8-9; y H. MONDRAGÓN MARTÍN, *La legítima en Derecho español*, Tesis doctoral defendida en la Universidad Jaime I (Castellón), 2019, pp. 14-15. Con todo, como advierte el mismo VAQUER, tanto el Código civil como el Código foral aragonés contemplan ciertas salvedades al respecto, a saber: la posibilidad de disponer de la legítima estricta a favor del descendiente con discapacidad (art. 808.3 Cc) y el derecho de alimentos de los legitimarios preferentes (art. 515 CDFA).

y, en su caso, educación, si han optado por romper todo tipo de vínculo afectivo y contacto personal con su o sus progenitores?⁹⁵

La contestación a tal pregunta entiendo que ha de ser afirmativa sin matiz alguno en aquellos casos en que la ruptura de relación familiar venga acompañada de conductas por parte del beneficiario que impliquen maltrato psicológico y, por ende, pongan en peligro la salud mental de sus progenitores⁹⁶. Estamos aquí ante conductas reprochables penalmente (vid. art. 153 Código penal), pero que también requieren una sanción de índole civil. Se impone así una revisión de las causas de desheredación que dé entrada a esta modalidad de maltrato, junto al de obra ya contemplado por el art. 853.2ª Cc y art. 510.c CDFa, al objeto de avalar la doctrina jurisprudencial favorable al cese de los derechos legítimos y, por extensión, de alimentos por parte de quienes incurran en tales conductas⁹⁷.

En cambio, resulta más complejo ofrecer una respuesta cuando esa pérdida de relación paterno filial no genera una situación de deterioro psicológico en los alimentantes, desde el momento en que alimentista, si bien ha roto esa relación, carece de los medios suficientes para poder subsistir. Con todo, conviene tener presente que el fundamento de la obligación de alimentos radica en la solidaridad familiar y que -al menos, en mi opinión- tal noción exige una reciprocidad entre las partes implicadas⁹⁸. No parece así muy equitativo que un hijo ya mayor de edad decida voluntaria y conscientemente renunciar a sus vínculos personales con uno o ambos progenitores y, sin embargo, luego pretenda seguir beneficián-

⁹⁵ A este respecto B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, cit., p. 516, afirma algo tan obvio como que los efectos de la privación del derecho de alimentos a los hijos mayores pueden resultar más gravosos y perjudiciales que los efectos de la desheredación. Apunta también en esta dirección A.L. CABEZUELO ARENAS, “La supresión...”, cit., pp. 15-16.

⁹⁶ Interesa reproducir a este respecto la siguiente afirmación vertida por la STSJ de Cataluña de 2 febrero 2017: “el maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos, siendo ejemplos de ese tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personas del entorno familiar, laboral, etc. del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece”.

⁹⁷ Por lo que hace al Derecho civil catalán, puede darse noticia de un Anteproyecto de reforma parcial de su Código civil, fechado en 2022, que, en lo que aquí interesa, modifica el art. 451-17.c al objeto de incluir expresamente el maltrato psicológico entre las causas de desheredación.

⁹⁸ Coincido así con S. DÍAZ ALABART, “Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares”, *Revista de Derecho privado*, núm. 5, 2015, p. 42; y A. VAQUER ALOY, “Acerca...”, cit., p. 7.

dose de una institución que tiene su fundamento precisamente en las relaciones familiares y que, además -no se olvide- funciona en ambas direcciones.

Creo así que puede sostenerse que si la relación familiar se rompe por voluntad del hijo alimentista, aún sin incurrir en maltrato psicológico, quiebra el fundamento de la obligación de alimentos que vincula al progenitor alimentante, lo que justifica su cese⁹⁹. Es más, considero que tal actitud, si viene acompañada -como es lo habitual- de una desatención absoluta hacia sus progenitores constituye un incumplimiento grave del deber de respeto que el art. 155.1 Cc impone a los hijos “siempre”¹⁰⁰ y, por ende, merece una sanción jurídica, más allá del reproche moral. Por todo ello, me parece oportuna la incorporación en el art. 152 Cc de una nueva causa que dé cobertura legal a la privación del derecho de alimentos por incurrir el alimentista en tales conductas, aún sin revestir la gravedad del maltrato psicológico, como así se hizo en el Código civil de Cataluña y propugna últimamente la jurisprudencia¹⁰¹. No obstante lo anterior, quizá sería oportuno delimitar las conductas que pueden suponer “falta de relación familiar”¹⁰², al objeto, sobre todo, de excluir aquellos supuestos en que los progenitores pretendan dejar de cumplir con su obligación de alimentos por sus propios intereses y desapego a sus hijos ya mayores, pero en situación de necesidad. Se trataría así de exigir, de una parte, que la falta de relación se prolongue un cierto número de años que haga presumir su carácter definitivo; y, de otra, que sea imputable al hijo exclusivamente -que no principalmente, como defiende la STS de 19 febrero 2019¹⁰³- para

⁹⁹ Como apuntan, asimismo, Y. BUSTOS MORENO, “Consideraciones...”, cit., p. 132; A. CASTILLO SALDÍAS, “Comentario...”, cit., p. 136; R. MÉNDEZ TOJO, “Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero”, *Actualidad civil*, núm. 6, 2019, p. 12. Discrepan, sin embargo, de este planteamiento I. BERIAIN FLORES y L. IMAZ ZUBIAUR, “La falta de relación...”, cit., pp. 122-125 y 141, considerando irrelevante a tales efectos la “calidad” de la relación paterno-filial.

¹⁰⁰ En este sentido coincido con S. DÍAZ ALABART, “Obligaciones...”, cit., nota 46, p. 45, cuando afirma que el respeto debido por los hijos a los progenitores no puede entenderse como una mera actuación que contraría las normas de la buena educación, sino que también implica cuidado y atención.

¹⁰¹ De hecho, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia aprobado en 2014 preveía incorporar al art. 152, como nueva causa de extinción de la obligación legal de alimentos, la siguiente: “cuando no hubiese relación personal entre el alimentante y el alimentista de forma manifiesta y continuada, si fuera por causa imputable a éste último”.

¹⁰² En el mismo sentido se expresan A. VAQUER ALOY, “Acerca...”, cit., p. 21; y I. BERIAIN FLORES y L. IMAZ ZUBIAUR, “La falta de relación...”, cit., p. 133.

¹⁰³ Coincido en este punto con las discrepancias manifestadas respecto de la STS de 19 febrero 2019 por B. RIBERA BLANES, “La falta de relación...”, cit., pp. 516 y 518; y I. BERIAIN FLORES

evitar dar cabida aquellas situaciones en que la causa de la ruptura familiar es multifactorial, lo que no es inusual. Pero también habría de dotar un mínimo contenido legal a la expresión “falta de relación familiar”, pudiendo identificarse, no tanto con el abandono emocional, como ha hecho hasta ahora la jurisprudencia, sino, en un sentido más amplio, con la “falta de asistencia personal”, expresión esta donde tiene cabida tanto la ausencia de contacto personal y afectivo como la no prestación de asistencia de índole instrumental¹⁰⁴.

Las mismas razones me llevan a defender en las circunstancias expuestas el cese del derecho reconocido por el art. 69 CDFA a los hijos mayores en formación, si bien debidamente moduladas a la luz de sus singularidades. Debe recordarse a tal efecto que tal derecho no se fundamenta genéricamente en el principio de solidaridad familiar, sino que se vincula a los efectos de la filiación y, en particular, de la autoridad familiar, prorrogada aquí a los únicos efectos del deber de crianza y educación, siempre que los hijos mayores estén en formación y carezcan de recursos propios suficientes. Asimismo, conviene tener presente que el Código foral aragonés no se limita a imponer a los progenitores tal obligación de índole patrimonial, sino que articula un entramado más extenso de derechos y deberes de índole personal que vinculan a padres e hijos, tanto si media convivencia entre ellos (art. 70 CDFA) como si no (art. 58 CDFA). No parece, por tanto, razonable exigir el cumplimiento del deber impuesto por el art. 69 CDFA a los padres respecto de sus hijos mayores en formación, bien cuando éstos incumplan las reglas de convivencia que hayan dispuesto aquellos (art. 70 CDFA)¹⁰⁵ o cuando, de no vivir juntos, rompan todo vínculo personal con aquellos de modo permanente y absoluto, ya que, a mi entender, tales conductas denotan un incumplimiento de los deberes de respeto y asistencia que el art. 58.1 CDFA impone recíprocamente a padres e hijos durante toda su vida. Es más, me permito sugerir *de legeferenda* la revisión del art. 69 CDFA, a fin de concretar el elenco de sus causas de extinción que, a mi entender, actualmente no se encuentra suficientemente delimitado -excepción hecha del límite de los veintiséis años-, dando entrada, en particular,

y L. IMAZ ZUBIAUR, “La falta de relación...”, cit., pp. 141-142. En la misma línea que aquí se defiende, A.L. CABEZUELO ARENAS, “La supresión...”, cit., p. 16, sostiene que “esa ausencia de trato o relación familiar tendría que ser atribuible por entero a los hijos alimentistas”.

¹⁰⁴ En este sentido resulta muy sugestiva la propuesta de A. VAQUER ALOY, “Acerca...”, cit., pp. 7 y 20, de configurar la solidaridad familiar en torno a tres parámetros: asociativo, referido al tiempo que comparten los miembros de la familia; funcional, referido a la colaboración a nivel de tareas instrumentales; y estructural, que identifica los elementos que pueden facilitar o dificultar los contactos entre las distintas generaciones, tales como la distancia geográfica.

¹⁰⁵ Coincido así con C. BAYOD LÓPEZ, “Gastos de crianza...”, cit., p 185.

a la falta de relación familiar entendida en los términos ya descritos. En el mismo sentido modificaría las causas de desheredación del art. 510 CDFa¹⁰⁶.

Obviamente, la posición que aquí se defiende parte del presupuesto previo de la existencia de una relación “normal” entre padres e hijos, lo que constituye actualmente la hipótesis más habitual. Pero hay otros casos en los que la solución propuesta entiendo que debería modularse en atención a sus singularidades. Piénsese, por ejemplo, en los hijos no matrimoniales cuya filiación haya sido determinada, no de modo voluntario, sino por imposición judicial, sin que *a posteriori* se entable relación alguna de tipo personal entre hijo y progenitor. También me suscitan muchas dudas aquellos supuestos vinculados a una ruptura matrimonial muy conflictiva en que la relación de uno de los progenitores -habitualmente el no custodio- con sus hijos se va deteriorando progresivamente e, incluso, se rompe ya durante su minoría de edad, a consecuencia del rechazo de estos hacia tal progenitor, en no pocas ocasiones generado por la manipulación del otro sin justificación alguna¹⁰⁷. Por último, conviene tener presente la realidad de los hijos con discapacidad y más desde el cambio de tratamiento de que han sido objeto por la reforma estatal 2021 que, en lo que aquí interesa, pone el acento exclusivamente en su “voluntad, deseos y preferencias”, omitiendo toda referencia a su “interés”, por abierta influencia de la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁰⁸.

¹⁰⁶ En el momento presente puede darse noticia de la aprobación de un Anteproyecto de ley de modificación puntual del Libro III del CDFa, relativo a las sucesiones por causa de muerte (2ª versión, de 9 septiembre 2022) que modifica el art. 328 sobre causas de indignidad sucesoria, al único objeto de declarar la incapacidad para suceder a un causante “que haya precisado de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”, de una parte, “al que sin causa justificada para ello, no aceptase la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo o renunciase a la misma”; y de otra, “al que por acción u omisión negligente o dolosa ha sido judicialmente removido de la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo” (URL: <https://transparencia.aragon.es/content/normas-en-tr%C3%A1mite-de-elaboraci%C3%B3n>, consultada el 20 diciembre 2022),

¹⁰⁷ Obviamente aquí me estoy refiriendo al síndrome de alienación parental, desprovisto actualmente de cobertura legal a tenor de lo dispuesto en el art. 11.3 de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, pero cuya existencia resulta innegable, como resulta de la lectura, entre otros, de J. GUERRA GONZÁLEZ, “(…)pero existe). Sobre la alienación parental y otras fuentes de daños a los menores a causa del conflicto de sus padres”, *Actualidad civil*, núm. 10, 2022.

¹⁰⁸ Respecto a los alimentos debidos a los hijos mayores con discapacidad interesa dar noticia de la STS de 17 julio 2015 que reconoció la necesidad de otorgar igual o, incluso, mayor protección a los derechos de los discapacitados [entre ellos, el derecho a un nivel de vida adecuado *ex art. 28 Convención UN 2006*] que a los reconocidos a los menores de edad. Ello determina, para el Alto Tribunal, la imposibilidad de resolver el posible cese de su derecho a alimentos bajo el régimen de los arts. 142 ss. Cc, “pues ciertamente no estamos ante una situación normalizada

Permítanme que termine aquí mi discurso, dejando abierta a la reflexión de todos ustedes la solución a dispensar a estos supuestos -si me permiten la expresión- tan sensibles, en los que el criterio de la falta de relación familiar por voluntad libre y consciente puede no servirnos como causa justificativa de la extinción de su derecho a ser mantenidos por sus progenitores, al menos, entendida en términos tan taxativos.

Muchas gracias por su atención.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, Encarnación: “Reclamación de alimentos en favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal”, *Revista UNED*, núm. 12, 2013, pp. 17-75.

BAYOD LÓPEZ, M. del Carmen: “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en AA.VV., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, coords. M.C. Bayod y J.A. Serrano, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, pp. 119-199.

BERIAIN FLORES, Irantzu e IMAZ ZUBIAUR, Leire: “La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial”, *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 34, pp. 118-155.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: “La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020, pp. 479-529.

BUSTOS MORENO, Yolanda: “Consideraciones acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista de Derecho privado*, núm. 6, 2018, pp. 113-146.

de un hijo mayor o menor emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados personales y económicos y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga una discriminación (que trata de evitar la Convención), antes lo contrario”. Leída esta doctrina -que personalmente comparto-, la pregunta surge inevitable: Tras la reforma del Código civil de 2021, ¿pueden mantenerse estas afirmaciones que parten de la premisa de que las personas con discapacidad necesitan una mayor protección o, por el contrario, se le debe dispensar del mismo tratamiento en este tema que a un hijo mayor y, por ende, privarle de alimentos cuando su voluntad sea la no mantener ninguna relación con el progenitor obligado a prestárselos?

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2015, pp. 1-20 (versión on line).

- “La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación del pago de los alimentos”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 49, 2019, pp. 1-35 (versión on line).

CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles: “Obligación legal de alimentos respecto de los hijos mayores de edad: Análisis del artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona”, *Revista de Derecho civil aragonés*, t. XIX, 2008, pp. 61-85.

CASTILLO SALDÍAS, Alicia: “Comentario de la Sentencia nº 104/2019 de 19 de febrero de 2019 de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo español: abre la posibilidad de extinguir la pensión de alimentos de aquellos hijos mayores de edad que no mantengan relación con el progenitor obligado al pago de su pensión de alimentos”, *Revista Justicia y Derecho*, vol. 2, núm. 1, 2019, pp. 132-138

CAUSAPÉ GRACIA, Belén: “Mujeres, Derecho aragonés y ejercicio profesional. Algunos apuntes históricos”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, t. XXIV, 2018, pp. 125-183.

- “Las primeras alumnas de la Facultad de Derecho de Zaragoza, 1915-1931”, *Filanderas*, núm. 3, 2018, pp. 7-24.

CUENA CASAS, Matilde: “Comentario a los arts. 142 a 151 Cc”, en AA.VV., *Comentarios al Código civil*, t. I, dtor. R. Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1443-1518.

DE ALMANSA MORENO-BARRERA, L.J.: “¿Debe introducirse en el Derecho civil común la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y otros descendientes”, *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 27-37.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: “La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 2987-2994.

DÍAZ ALABART, Silvia: “Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares”, *Revista de Derecho privado*, núm. 5, 2015, pp. 35-68.

ESCUADERO RANERA, Pablo: “Deber de crianza y autoridad familiar. Principios generales”, en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, coord. J.L. Merino, Zaragoza, 2009, pp. 189-213.

GUERRA GONZÁLEZ, Jorge: “(...pero existe). Sobre la alienación parental y otras fuentes de daños a los menores a causa del conflicto de sus padres”, *Actualidad civil*, núm. 10, 2022, pp. 1-6 (versión on line).

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: “La solidaridad familiar en tiempos de crisis. Hacia una revisión jurisprudencial de la prestación de alimentos a favor de los hijos en el Derecho civil español”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 6, 2015, pp. 204-229.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “Retos del Derecho civil español: A propósito de la necesaria reformulación del Código civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 2018, pp. 185-235.

- “Las crisis familiares en la legislación aragonesa”, en AA.VV., *Las crisis familiares: Tratado práctico interdisciplinar*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 603-640.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: “Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores desde el punto de vista sustantivo”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 17, 2020, pp. 171-189.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2010)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 133-176.

MÉNDEZ TOJO, Ramón: “Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero”, *Actualidad civil*, núm. 6, 2019, pp. 1-12 (versión on line).

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, MATA RIVAS, Francisco y GIL NOGUERAS, Luis: *Derecho Foral de Aragón. Memento experto*, Francis Lefevre, Madrid, 2011.

MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario: *La legítima en Derecho español*, Tesis doctoral defendida en la Universidad Jaime I (Castellón), 2019 (URL:<https://www.tesisenred.net/handle/10803/666636?locale-attribute=es>).

ORTUÑO ORTÍN, Pascual: *Hijos ingratos*, eds. del Azar, Madrid, 2020.

PÉREZ ESCOLAR, Marta: “Causas de desheredación y flexibilización de la legítima”, en A. DóminguezLuelmo y M.P. García Rubio, (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liberamicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1131-1154.

PÉREZ FENOLL, José Antonio: “La ausencia de relaciones familiares como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos en el Codi civil de Catalunya”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2012, pp. 917-953.

RIBERA BLANES, Begoña: “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 482-529.

RIBOT IGUALADA, Jordi: “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1998, pp. 1105-1177.

ROCA TRÍAS, Encarna: “La familia y sus formas”, *Teoría & Derecho*, núm. 2, 2007, pp. 48-72.

- *Libertad y familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo: “§ 23. La legítima”, en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, dtor. J. Delgado Echeverría y coord. M.A. ParraLucán, El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 4ª ed., 2012, pp. 619-646.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Memoria del texto articulado del proyecto de ley de actualización del Derecho civil en Aragón en materia de Derecho de la persona. Segunda entrega correspondiente al Título II: De las relaciones entre ascendientes y descendientes*, Zaragoza, 2004 (inédita).

- “Comentario a los arts. 56 a 99 CDFA”, en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, dtor. J. Delgado Echeverría y coords. C. Bayod López y J.A. Serrano García, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 163-236.

VAQUER ALOY, Antoni: “Acerca del fundamento de la legítima”, *Indret*, núm. 4, 2017, pp. 1-27 (versión on line).

VELAMAZAN DELGADO, Guadalupe: “Extinción de la pensión alimenticia causada por la ausencia de relación afectiva”, *La Toga Digital*, 2020, pp. 1-73 (URL: <https://www.revistalatoga.es/extincion-de-la-pension-alimenticia-causada-por-la-ausencia-de-relacion-afectiva/>).

JURISPRUDENCIA¹⁰⁹

Tribunal Supremo

ATS de 8 junio 2022 (Roj 9342/2022. ECLI:ES:2022:9342A. Ponente: F. Marín Castán).

ATS de 29 junio 2022 (Roj 10513/2022. ECLI:ES:2022:10513A. Ponente: P.J. Vela Torres).

ATS de 21 septiembre 2022 (Roj 13013/2022. ECLI:ES:2022:13013A. Ponente: F. Marín Castán).

ATS de 2 noviembre 2022 (Roj 15504/2022. ECLI:ES:2022:15504A. Ponente: P.J. Vela Torres).

STS de 23 febrero 2000 (Roj STS 1394/2000. ECLI:ES:2000:1394. Ponente: I. Sierra Gil de la Cuesta).

STS de 24 abril 2000 (Roj STS 3422/2000. ECLI:ES:TS:2000:3422. Ponente: P. González Poveda).

STS de 1 marzo 2001 (Roj STS 1584/2001. ECLI:ES:TS:2001:2484. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

STS de 5 noviembre 2008 (Roj STS 5805/2008. ECLI:ES:2008:5805. Ponente: M. Encarnación Roca Trías).

STS de 3 junio 2014 (Roj STS 2484/2014. ECLI:ES:TS:2014:2484. Ponente F.J. Orduña Moreno).

STS de 30 enero 2015 (Roj STS 565/2015. ECLI:ES:TS: 2015:56.5 Ponente: F.J. Orduña Moreno).

STS de 12 febrero 2015 (Roj STS 439/2015. ECLI:ES:TS:2015:439. Ponente: E. Baena Ruiz).

STS de 2 marzo 2015 (Roj STS 568/2015. ECLI:ES:TS:2015:568. Ponente: J.A. Seijas Quintana).

STS de 17 junio 2015 (Roj STS 2587/2015. ECLI:ES:TS:2015: 2587. Ponente: J.A. Seijas Quintana).

STS de 17 julio 2015 (Roj STS 3441/2015. ECLI:ES:TS:2015:3441. Ponente: J.A. Seijas Quintana).

¹⁰⁹ Base de datos consultada: CENDOJ, con la salvedad de la STSJ de Aragón de 5 febrero 2013 publicada en la Revista de Derecho Civil Aragonés.

STS de 20 julio 2015 (Roj STS 4153/2015. ECLI:ES:TS: 2015: 4153. Ponente: F.J. Orduña Moreno).

STS de 28 octubre 2015 (Roj 4439/2015. ECLI:ES:TS:2015:4439. Ponente: F.J. Arroyo Fiestas).

STS de 18 marzo 2016 (Roj STS 1288/2016. ECLI:ES:TS: 2016:1288. Ponente: E. Baena Ruiz).

STS de 21 septiembre 2016 (Roj STS 4101/2016. ECLI:ES:TS: 2016:4101). Ponente: E. Baena Ruiz).

STS de 19 mayo 2019 (Roj STS 1523/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1523. Ponente: F.J. Orduña Moreno).

STS de 19 febrero 2019 (Roj STS 502/2019. ECLI:ES:TS:2019:502. Ponente: E. Baena Ruiz).

STS de 24 de mayo 2022 (Roj STS 2068/2022. ECLI:ES:TS:2022:2068. Ponente: M. Ángeles Parra Lucán).

STS de 29 septiembre 2022 (Roj STS 3565/2022. ECLI:ES:TS:2022:3565. Ponente: A. García Martínez).

Tribunal Superior de Justicia de Aragón

ATSJ de Aragón de 23 octubre 2020 (Roj: ATSJ AR 79/2020. ECLI:ES:TS-JAR:2020:79^a. Ponente: L.I. Pastor Eixarch).

STSJ de Aragón de 2 septiembre 2009 (Roj: STSJ AR 1038/2009. ECLI:ES:TSJAR:2009:1038. Ponente: C. Samanes Ara).

STSJ de Aragón de 12 mayo 2010 (Roj STSJ AR 1492/2010. ECLI:ES:TS-JAR:2010:1492. Ponente: L. Fernández Álvarez).

STSJ de Aragón de 30 noviembre 2011 (STSJ AR 2010/2011. ECLI:ES:TS-JAR:2011:2010. Ponente: L.I. Pastor Eixarch).

STSA de 30 de diciembre 2011 (STSJ AR 2171/2011. ECLI:ES:TS-JAR:2011:2171. Ponente: I. Martínez Lasierra).

STSJ de Aragón de 21 marzo 2012 (Roj: STSJ AR 334/2012. ECLI:ES:2012:334. Ponente: F. Zubiri de Salinas).

STSJ de Aragón de 9 mayo 2012 (Roj: STSJ AR 605/2012. ECLI:ES:2012:605. Ponente: I. Martínez Lasierra).

STSJ de Aragón de 16 abril 2012 (Roj: STSJ AR 449/2012. ECLI:ES:TS-JAR:2012:449. Ponente: L.I. Pastor Eixarch).

STSJ de Aragón de 4 julio 2012 (Roj: STSJ AR 1043/2012. ECLI:ES:TSJAR:2012: 1043. Ponente: F. Zubiri de Salinas).

STSJ de Aragón de 5 febrero 2013 (*RDCA*, XIX, 2013, marginal 2. Ponente: L.I. Pastor Eixarch).

STSJ de Aragón de 17 junio 2013 (Roj: STSJ AR 874/2013. ECLI:ES:TSJAR:2013:874. Ponente: C. Samanes Ara).

STSJ de Aragón de 28 marzo 2014 (Roj: STSJ AR 320/2014.ECLI:ES:TSJAR:2014:320. Ponente: C. Samanes Ara).

STSJ de Aragón de 29 septiembre 2014 (Roj: STSJ AR 1222/2014. ECLI:ES:TSJAR:2014.1222. Ponente: F. Zubiri de Salinas).

STSJ de Aragón de 11 febrero 2015 (Roj: STSJ AR 88/2015. ECLI:ES:TSJAR:2015:88. Ponente: C. Samanes Ara).

STSJ de Aragón de 17 julio 2017 (STSJ AR 2017/1744. ECLI:ES:TSJAR:1744:2017. Ponente: J. Seoane Prado).

STSJ de Aragón de 20 junio 2018 (STSJ AR 862/2018. ECLI:ES:TSJAR:2018:862. Ponente: I. Martínez Lasierra).

STSJ de Aragón de 13 mayo 2020 (STSJ AR 386/2020. ECLI:ES:TSJAR:2020:386. Ponente: J. Seoane Prado).

STSJ de Aragón de 1 junio 2022 (Roj: STSJ AR 726/2022. ECLI:ES:TSJAR:2022:726. Ponente: F.F. Hernández Gironella).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

STSJ de Cataluña de 16 marzo 2006 (Roj STSJ CAT 1627/2006 ECLI:ES:TSJCAT:2006:1627. Ponente: G. Vidal Andreu).

STSJ de Cataluña de 2 febrero 2017 (Roj STSJ CAT 494/2017. ECLI:ES:TSJCAT:2017:494. Ponente: M.E. Alegret Burgués).

STSJ de Cataluña de 10 mayo 2018 (Roj: STSJ CAT 5674/2018. ECLI:ES:TSJCAT:2018:5674. Ponente: J.F. VALLS GOMBAU).

Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón

SAP de Zaragoza núm. 455 de 12 julio 2016 (Roj: SAP Z 1124/2016. ECLI:ES:APZ:2016:1124. Ponente: L.A. Gil Nogueras).

SAP de Zaragoza núm. 67 de 19 febrero 2020 (SAP Z 743/2020. ECLI:ES:APZ:2020:743. Ponente: J.C. Arche Bescós).

SAP de Zaragoza núm. 334 de 18 noviembre 2020 (Roj SAP Z 2318/2020. ECLI:ES:APZ:2020:2318. Ponente: M.E. Mata Albert).

SAP de Zaragoza núm. 110 de 23 marzo 2021 (Roj SAP Z 776/2021. ECLI:ES:2021:776. Ponente: J.I. Pérez Burred).

SAP de Zaragoza núm. 259 de 1 julio 2021 (Roj SAP Z 1868/2021. ECLI:ES:2021:1868. Ponente: J.I. Pérez Burred).

SAP de Huesca núm. 168 de 22 junio 2021 (Roj SAP H 249/2021. ECLI:ES:APZ:2021:249. Ponente: A. Angós Ullate).

SAP de Zaragoza núm. 251 de 28 junio 2021 (Roj SAP Z 1557/2021. ECLI:ES:APZ:2021:1557. Ponente: M.E. Mata Albert).

SAP de Huesca núm. 290 de 30 septiembre 2021 (Roj SAP H 396/2021. ECLI:ES:APZ:2021:396. Ponente: S. Serena Puig).

SAP de Zaragoza núm. 156 de 10 mayo 2022 (Roj SAP Z 1173/2022. ECLI:ES:2022:1173. Ponente: J.I. Pérez Burred).

SAP de Zaragoza núm. 156 de 27 mayo 2022 (Roj SAP Z 1388/2022. ECLI:ES:2022:1388. Ponente: M.J. Gracia Muñoz).

Audiencias Provinciales con sede en otras Comunidades Autónomas

SAP de Bilbao núm. 31 de 9 enero 2020 (Roj SAP BI175/2020. ECLI:ES:APBI:2020:175. Ponente: A.B. IrachetaUndagoitia).

SAP de Córdoba núm. 95 de 28 enero 2020 (Roj SAP CO 95/2020. ECLI:ES:APCO:2020:95. Ponente: P.R. VillamorMontoro).

SAP de La Coruña núm. 238 de 22 julio 2020 (Roj SAP C 1762/2020. ECLI:ES:APC:2020:1762. Ponente: J. Tasende Calvo).

SAP de Pamplona núm. 27 de 27 octubre 2020 (Roj SAP NA 902/2020. ECLI:ES:APNA:2020:902. Ponente: J.S. Delgado Cruces).

SAP de Vigo núm. 525 de 7 diciembre 2020 (Roj SAP PO 2390/2020. ECLI:ES:APPO:2020:2390. Ponente: J. Carrera Ibarzabal).

SAP de Santander núm. 495 de 15 diciembre 2021 (Roj SAP S 1511/2021. ECLI:ES:APS:2021:1511. Ponente: M.C. Fernández Díez).

SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 126 de 17 marzo 2022 (Roj SAP TF 297/2022. ECLI:ES:APTF:2022:297. Ponente: A.M. Rodero García).

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández
Presidente

Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades
Queridos compañeros Académicos
Señoras y señores

La elección de Aurora López Azcona como nueva Académica de Número responde plenamente a los objetivos marcados, desde hace unos años, por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación: la renovación de la Institución; renovación especialmente generacional y de género.

Aurora es una persona que se encuentra en su etapa de plena madurez intelectual y tiene el sello inconfundible de la femineidad, tan necesario en este tipo de instituciones académicas.

Profesora Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, se ha especializado en Derecho de Familia, al que ha dedicado toda su actividad investigadora y docente, con especial atención al Derecho foral aragonés.

Su tesis doctoral sobre el derecho de abolitorio, realizada bajo la dirección del Dr. Gabriel García Cantero, leída en 2005, fue merecedora de la máxima calificación, sobresaliente cum laude, y, posteriormente, le fue concedido el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Zaragoza. Fue publicada por el Centro de Estudios Registrales, en 2007.

Ya entonces había publicado un libro, con la editorial Aranzadi, en 2002, bajo el título “La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo

y jurisprudencial”. Un tema muy interesante y de plena actualidad, que en el Derecho aragonés tiene una especial regulación.

Y es que las crisis familiares, matrimoniales y de pareja, han constituido los dos pilares fundamentales sobre los que ha elaborado la mayor parte de sus trabajos de investigación. Al respecto, ha publicado numerosos artículos en revistas especializadas, españolas y extranjeras, y ha presentado más de treinta ponencias en diferentes congresos.

Recientemente, ha estudiado en profundidad la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre reforma del Código civil y otras leyes, para la adaptación de la Convención de Nueva York, de 2006, sobre “Derechos de las personas con discapacidad”. A este respecto, en el Foro de El Justicia, celebrado en el pasado año 2021, Aurora López fue invitada a presentar la ponencia sobre “Reforma de la discapacidad y su incidencia en el Derecho aragonés”, donde analiza la ley española y la influencia de la Convención neoyorquina en el vigente Derecho civil aragonés. La ponencia fue publicada en el Anuario de El Justicia, de 2022.

En relación con ello, recientemente, nuestra nueva Académica ha sido nombrada vocal secretaria de la Comisión aragonesa de Derecho civil, en la que me consta se está trabajando para efectuar, en el Código foral, similar adaptación a la Convención de Nueva York, de 2006, que la que se hizo en el Código civil español, en 2021.

* * * *

Acaban ustedes de escuchar el discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación de nuestra nueva Académica de Número, la Excm. Sra. Doña Aurora López Azcona. Un discurso sobre una materia jurídica de notable interés social que, en el contexto actual de la legislación española y aragonesa, muestra una importante complejidad: la posibilidad de los padres de privar de alimentos a sus hijos mayores de edad cuando éstos incurren en los denominados “maltrato psicológico” o “desafecto familiar”.

Carente como está actualmente esta materia de regulación legal, ni en Aragón, ni en el Código civil español (aplicable en nuestra comunidad en materia de alimentos) -sí lo está en Cataluña-, su posibilidad jurídica hay que ir a buscarla, como hace la Sra. López Azcona, principalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En nuestro Alto Tribunal, la cuestión ha experimentado una evolución interesante. Como claramente expone nuestra nueva Académica, la sentencia de 3 de junio de 2014 abrió una puerta importante al respecto al admitir como causa de justa desheredación, junto al maltrato de obra, el que calificó de “maltrato psicológico”, denominado por la de 13 de junio de 2014, de “abandono emocional”; le siguió la sentencia de 20 de julio de 2015, admitiendo, por la misma causa, la revocación de donaciones, considerando dicho abandono como ingratitud. Para concluir con la definitiva sentencia de 19 de febrero de 2019, en la que se admite el derecho a la extinción de la pensión alimenticia por el “desapego afectivo” que un hijo mayor de edad tiene para con su progenitor.

Cuando la Dra. López Azcona se plantea la necesidad de una regulación legal que permita incorporar al ordenamiento jurídico el supuesto acogido por la jurisprudencia, en especial por la citada sentencia de 2019, establece unos criterios básicos, a partir de los cuales debería elaborarse la correspondiente norma.

En primer lugar, hace referencia al art. 69 del Código del Derecho foral de Aragón (CDFA), para calificar la norma de “régimen propio”, independiente del derecho de alimentos, basada en los deberes de la autoridad familiar, en tanto que los alimentos encuentran su fundamento en la solidaridad familiar. Por mi parte, entiendo que el Código aragonés incluye dos singularidades interesantes en dicho precepto: una, establecer un límite a los gastos de crianza y educación de los hijos, en los 26 años; y otra, incluir, junto a los hijos mayores de edad, a los emancipados. Dos criterios que bien podrán incorporarse a la reforma que se lleve a cabo en la regulación del derecho de alimentos del Código civil español, aplicable en esta materia, como antes decía, en Aragón, como derecho supletorio en defecto de normas específicas en la materia (art. 1.2 CDFA).

Porque, con independencia del fundamento que unas y otra norma, las Código civil español y la aragonesa tengan, no me cabe la menor duda de que en el régimen común los padres tienen igual obligación de prorrogar los gastos de educación y crianza de los hijos más allá de la mayoría de edad. El art.142 Cc. lo deja meridianamente claro: califica de alimentos, además de lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, “también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.

Precisamente, en la jurisprudencia menor que cita la Dra. López Azcona, la de las Audiencias Provinciales aragonesas, éstas basan sus sentencias aceptando o denegando el cese de la obligación de los padres de asistir económicamente a sus hijos mayores de edad, en la obligación de alimentos del Código civil, obviando la aplicación del art.69 CDFA.

Lo que sí se necesita es una reforma importante de los preceptos que regulan el derecho de alimentos en el Código civil español, y no sólo del art.152 para introducir esta causa de cese de la obligación de alimentos -como pide nuestra nueva Académica-, sino de toda su regulación, vigente desde la reforma de la ley 11/1981: más de cuarenta años sin modificación alguna, pese a las muy importantes alteraciones habidas en el seno de la sociedad española, especialmente en el ámbito familiar. Una reforma legal que, no tengo la menor duda, se llevará cabo a no mucho tardar.

Lo que sí es importante al respecto es determinar con precisión los principios que han de regir esa reforma: delimitar nítidamente las obligaciones que han de corresponder a los padres y a los hijos, cuya ausencia pueda determinar ese derecho a la privación de alimentos más allá de la mayoría de edad de éstos; qué circunstancias personales han de darse para que pueda extinguirse la obligación alimenticia; qué deben comprender los términos “educación y crianza”; a qué edad debe entenderse extinguida la obligación de alimentos...

Estoy de acuerdo con la nueva Académica en los siguientes criterios básicos:

-Que el hijo mayor de edad ha de percibir alimentos de sus progenitores cuando carece de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla (es el criterio de la STSJA de 2 septiembre de 2009). Y no solamente alimentos para su educación e instrucción, como dice el art. 142 C.c., sino también para su crianza, como señala el art. 69 CDF.A.: el joven que, cumplida la mayoría de edad, se está preparando para acceder al mundo laboral, y que normalmente convive con sus padres, también necesita, como mínimo, sustento, vestido y asistencia médica (que parece ser el concepto “crianza” del CDF.A).

-Que el hijo incurra, de forma manifiesta y continuada, en una serie de actuaciones respecto de sus padres, sólo imputables a él, que supongan un “maltrato psicológico” de éstos, o una falta de relación familiar, con una ruptura afectiva, aunque no conlleve ese maltrato. Tengo dudas de que la salida del hijo de la vivienda familiar, por no compartir las normas de convivencia impuestas por sus progenitores -como señala Aurora López-, deba ser siempre causa que determine el derecho a la privación de alimentos, si ello no conlleva una ruptura de afectividad y de normal relación con sus padres.

Con respecto a esos deberes de educación de los hijos pasada su mayoría de edad, me plantean dudas algunas de las sentencias del TSJA que cita la Dra. López Azcona. En concreto, aquéllas que niegan el deber de los padres de seguir prestando asistencia económica a los hijos que, tras haber terminado unos cier-

tos estudios, deciden opositar. El Tribunal aragonés niega el derecho de estos hijos a seguir siendo alimentados por sus padres mientras preparan la oposición. Disiento de este criterio jurisprudencial. En muchas carreras universitarias -por ejemplo, Derecho- las oposiciones son la salida profesional a la que acuden un buen número de licenciados. Negarles la asistencia económica de sus padres durante la oposición es tanto como cerrarles el camino en su preparación para la actividad laboral. Estoy convencido de que en la reforma del derecho de alimentos en el Código civil esta cuestión se tendrá en cuenta. Eso sí, habrá que hacer determinadas precisiones en lo que se refiere al tiempo durante el cual deben los padres asistir económicamente a su hijo opositor, y la actitud y comportamiento de éste en esa preparación de la oposición.

En todo caso, y para terminar, como señala nuestra nueva Académica, debemos todos reflexionar ante las especiales situaciones en las relaciones paterno filiales que provocan los cambios de la sociedad, para adoptar las medidas legislativas que sean más convenientes, en beneficio de la paz familiar y social.

He dicho.

Muchas gracias.

LA VINCULACIÓN DE LOS CONSUMIDORES A LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN

Discurso de ingreso como Académico de Número
del

Excmo. Sr. D. Javier López Sánchez

Leído el 20 de junio de 2023

I. INTRODUCCIÓN

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Con esta afirmación el artículo 24 de la Constitución configura la tutela jurisdiccional como un derecho con relieve constitucional. Su logro no es inmediatamente realizable, sino que debe alcanzarse a través de las vías procesales establecidas por el legislador.

El proceso es cauce para la realización del derecho de los justiciables y, él mismo, un derecho disponible. Esta afirmación no comporta que el proceso pueda ser configurado por las partes. Se ha subrayado que queda vedado a quienes son parte en un proceso, por más que se trate de un proceso civil, su creación o configuración, toda vez que los procesos han de desarrollarse conforme a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan (art. 117.3 CE). Pero, quien así lo subraya, al tiempo advierte que corresponde a las partes, como manifestación de su libertad, “determinar el uso que han de hacer del proceso en el que han de dar cauce a sus pretensiones sobre las controversias surgidas en sus relaciones privadas”¹, y por lo tanto, gozan “de una facultad para acudir o no acudir

¹ BONET NAVARRO, A., “Eficacia ordenadora de principio de autonomía privada y sus límites en el sistema procesal civil” en PARRA LUCÁN, M.A., (dir.) *La autonomía privada en el Derecho Civil*,

libremente al proceso con el fin de dirimir sus contiendas, suspenderlo o apartarse de él en cualquiera de las formas establecidas en la ley”².

Las leyes al establecer las normas de competencia y procedimiento lo hacen conforme fines y criterios formales que condicionan la estructura de los trámites y las posibilidades de actuación de las partes. Si el proceso se manifiesta como una construcción artificiosa –si se prefiere, artística³– e instrumental, no es una estructura autónoma cualquiera que sea el conflicto planteado, sino que “se inserta propiamente dentro del ámbito propio del derecho que ha de tutelarse”⁴. Así, el principio de autonomía privada, propio del ámbito negocial, presenta una indudable trascendencia en el proceso civil, que hace del principio dispositivo “una proyección sobre el sistema procesal de los poderes de disposición que en el campo del Derecho sustancial privado se atribuyen a la voluntad de los interesados”⁵. Tales poderes privados sin ser determinantes de la configuración del proceso, se erigen en “su justificación lógica”⁶ y permiten que los particulares puedan ostentar facultades de decisión en el proceso, que resultan vinculantes para el juez y que son concordes con las facultades dispositivas sobre los derechos tutelados por el proceso. Estas facultades se configuran y se han venido explicando, en todo caso, como facultades procesales, surgidas de una concesión del legislador procesal para el mejor logro de los fines del proceso, en este caso, del proceso civil.

El principio dispositivo, como mero principio de carácter jurídico técnico, explicaría y justificaría las determinaciones adoptadas por el legislador para dotar a los particulares de sus facultades de decisión, pero tal principio no resulta condicionante de las opciones fundamentales del legislador. Así se ha señalado que “son las opciones sobre algunos puntos –opciones adoptadas prudencialmente (...)– las que perfilan el alcance de los principios jurídico técnicos y no éstos los que determinan (o deberían determinar) esas opciones”⁷.

Cizur Menor, 2016, p. 414.

² *Ibidem loc.*

³ CARRERAS LLANSANA, J., “El derecho procesal como arte” en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 51-62.

⁴ BONET NAVARRO, A., “Eficacia ordenadora...” *cit.*, p. 411.

⁵ CALAMANDREI, P., “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, en *Estudios sobre el proceso civil*, SENTÍS MELENDO, S. (trad.), Buenos aires, 1945, p228

⁶ CALAMANDREI, P., “Líneas fundamentales...” *cit.*, p. 231.

⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez en el Proceso Civil*, Cizur Menor, 2012, p. 43.

Esta consideración –sin duda acertada desde el punto de vista del alcance y valor de los principios jurídicos de carácter técnico–, debe cohonestarse, sin embargo, con la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24 CE.

Ciertamente, los derechos fundamentales otorgados por el texto constitucional son irrenunciables, pero no así las facultades derivadas de su ejercicio. Este aspecto ha sido subrayado en un reciente trabajo sobre las bases de los contratos procesales y su eficacia y repercusión sobre la ordenación del proceso⁸. El hecho de que el proceso constituya una ordenación de derecho público no puede desconocer la disposición que los ciudadanos pueden hacer del ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La posibilidad de recurrir o no al proceso –como antes hemos señalado– es una actuación vinculada directamente a la autonomía de la voluntad de las partes, particularmente en el ámbito de sus relaciones jurídico privadas. Es cierto que esta potestad de autodeterminación lo es en relación con un instrumento creado por el Estado, pero en todo caso, tratándose de ámbitos en los que no incide un interés público en la actuación del Derecho, aquella potestad de autodeterminación es originaria y no se apoya en una opción del legislador –al menos del legislador ordinario, del no constituyente–. El legislador ordinario no puede ignorar la libertad que corresponde a todo ciudadano de acudir al proceso civil⁹. Por otra parte, en la medida en que el propio artículo 24 CE garantiza contenidos del derecho al proceso, bien de forma expresa –como la prueba– o bien bajo la garantía del debido proceso –expresado como el derecho a un proceso con todas las garantías–, surgen derechos irrenunciables que condicionan la configuración del proceso. De nuevo, la irrenunciabilidad del propio derecho no impide que pueda renunciarse a su ejercicio. Siempre puede el justiciable disponer del ejercicio de su derecho a un recurso establecido en la ley, por más que el derecho al recurso, en tanto integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, sea irrenunciable. Y también la presencia de un interés público

⁸ SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2022, pp. 94 y ss.

⁹ Evidentemente puede haber sectores del ordenamiento jurídico –y aun del propio Derecho privado– en los que el interés público justifique que la promoción de la actuación del derecho se encomiende a un órgano público. En tales casos, la libertad de acudir al proceso no se sitúa en parangón con la disponibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la decisión del justiciable de no promover la actuación del derecho, no puede impedir que un órgano público sí lo haga. Cuando el legislador no prevé la posible actuación pública de la acción tuteladora del derecho o interés ante los órganos jurisdiccionales, la libertad de acudir a los órganos jurisdiccionales adquiere el carácter de disposición del derecho a la tutela judicial efectiva.

puede justificar que el recurso sea interpuesto por un órgano público, en interés simplemente de la formación de una mejor jurisprudencia. En definitiva, estas posibilidades de actuación al margen del interesado, por más que su disposición resulte originaria y vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, resultarán dependientes de la existencia de otros intereses en juego, de carácter público o meramente privado y residenciado en la parte contraria o en quienes comparten un interés semejante. El equilibrio resultante en la configuración del proceso responderá a decisiones prudenciales del legislador y, en todo caso, ajustadas a las garantías del proceso y en dependencia con las posibilidades de disposición que se reconozca a los justiciables sobre el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección sobre el debido proceso.

Este condicionamiento del desarrollo legislativo del proceso civil incide en la ordenación de las acciones colectivas o –conforme a la nueva denominación acuñada por la Unión Europea, señaladamente en la Directiva (UE) 2020/1828– de representación. Su regulación en España ha estado vinculada a la facilitación del acceso a la justicia, principalmente en el ámbito del consumo, y en el logro de una respuesta judicial uniforme y rápida.

Mi atención al fenómeno de la litigación en masa me llevó a estudiar el sistema de las *classactions* de los Estados Unidos de América en una monografía que advertía de las propuestas de evolución de los procesos de acciones colectivas hacia mecanismos desvinculados de las garantías del debido proceso, para atender a criterios de eficiencia en la gestión de intereses colectivos y a la búsqueda de una solución definitiva –*global peace*, en la doctrina norteamericana– a una controversia jurídica de repercusión masiva¹⁰. La colectivización de la tutela derivaba en una administrativización del tratamiento colectivo ajeno a las garantías procesales. Concluía mi trabajo señalando el carácter paradójico que presentaba la evolución de las *classactions*: “el instrumento pensado para la tutela de los intereses de los pequeños consumidores se ha convertido en un instrumento al servicio de grandes empresas y sus necesidades de financiación en el mercado de capitales”¹¹. Advertía que “la noción de eficiencia se presenta así como determinante de la admisibilidad y límites de las acciones de clase. También como justi-

¹⁰ En este sentido, *cfr.* mi obra *El sistema de las classactions en los Estados Unidos de América*, Granada, 2011, páginas 135 y ss., en especial las referencias en p. 138 y la nota 24, en relación con los trabajos de NAGAREDA, “Autonomy, Peace, and PutOptions in theMassTortClassActions” en *115 Harv. L. Rev.* (2001-2002) y “Class Actions in the Administrative State: KalvenadnRosenfiel Revisited” en *75 U. Chi. L. Rev.*(2008).

¹¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las classactions... cit.*, p. 154.

ficación para limitar la autonomía del justiciable en la prosecución del proceso”¹². Y apuntaba que “la colectivización de la tutela puede suponer una opción por lo factible antes que por lo que en Derecho procede (...). La colectivización de la solución mediante la fijación de una «paz global» acaba por imponer a las partes, sin su consentimiento, lo que se entiende factible, en términos generales, lo que puede plantear dificultades de aceptación, por los afectados, de la solución –y por lo tanto en el logro de aquella «paz global»–, en la legitimación de los tribunales como actores para la determinación de lo factible y, a la postre, desembocar en un deterioro de la justicia”¹³.

El riesgo de esa degeneración se encontraba en admitir una deriva apuntada por la doctrina norteamericana, que, final y afortunadamente, no ha encontrado acogida en su propio sistema jurídico. Por otra parte, la Unión Europea ha venido manifestando una notable reticencia a la admisión de acciones colectivas para la reparación de daños a los consumidores, como mecanismo para el logro de una solución colectiva sin contar con la voluntad de los afectados. Así, la Recomendación de la Comisión 396/2013/UE, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión establecía en su apartado 21, en relación con los principios específicos relativos al recurso colectivo de indemnización, que la eficacia de la acción colectiva debía quedar supeditada “al consentimiento expreso de las personas físicas o jurídicas que afirmen haber sufrido daños (principio *opt-in*). Admitía la posibilidad de excepciones a este principio “por razones de buena administración judicial” pero, en todo caso, “todo miembro de la parte demandante debería poder retirarse de esta parte en cualquier momento antes de que se dicte la resolución definitiva (...) sin que se le prive de la posibilidad de proseguir con su demanda de otra forma, si ello no perjudica a la buena administración de justicia”¹⁴.

Repárese en que la anterior afirmación se llevaba a cabo en relación con las acciones colectivas en las que se pretendiese la reparación de un daño, no así con

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, p. 155.

¹⁴ Se entenderá que este planteamiento condujo a que me adhiriera al proyecto de investigación “Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas” PID 2019-108844-RB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España) liderado por el profesor HERRERO PEREZAGUA, J.F. Este trabajo recoge los resultados de la investigación realizada en el ámbito de este proyecto.

las acciones de cesación. Estas últimas ya fueron objeto de regulación temprana por la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. En tales casos no se llevaba a cabo una colectivización de la tutela de los consumidores particulares, sino que se adoptaba un mecanismo encaminado a la tutela de una situación de concurrencia en un interés verdaderamente colectivo y, por lo tanto, sustraído a la disposición de los particulares¹⁵.

La distinción entre ambos modelos no fue adecuadamente percibida ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni por nuestro Tribunal Supremo, en supuestos en los que, en nuestro ordenamiento, por el cauce de las acciones de cesación se resolvía sobre la nulidad de condiciones generales de la contratación y sobre la procedencia de la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas que se reputaban abusivas¹⁶. La tensión entre el derecho a desvincularse de la pretensión colectiva de reparación de daños y la indisponibilidad de los particulares sobre el objeto propio de la acción de cesación se resolvió –como veremos– con pronunciamientos que defendieron la posibilidad de desvinculación del consumidor respecto de las acciones de cesación, al dar prioridad a un derecho –que se consideraba incondicionado– al ejercicio de la acción individual para instar la reparación del daño. Al tiempo, la distinción entre el objeto de la acción colectiva y el de la acción individual, por el carácter abstracto con el que se enjuiciaba el objeto de la acción colectiva, ha venido a extender la idea de que la acción colectiva, aun cuando se dirija a la reparación de un daño, acoge una pretensión global que la distingue de la mera acumulación de acciones y que desaconseja en muchos casos la intervención de los consumidores afectados en el proceso colectivo.

La aprobación de la Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, ha alterado el criterio mantenido en su Recomendación de 2013. Deja libertad a los Estados para elegir, en relación con las acciones colectivas que adopten medidas de resarcimiento, un sistema de adhesión de los afectados al pronunciamiento colectivo o bien optar por un sistema de general vinculación, salvo que se hubiese producido

¹⁵ Al respecto, *cf.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “De la colectivización de acciones individuales a la tutela colectiva inhibitoria y de control abstracto de licitud” en JUAN F. HERRERO (*dir.*) *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Cizur Menor, 2015, pp. 173-202.

¹⁶ Sobre estas cuestiones, *vid. infra* epígrafe III.2.B), en especial subepígrafe c).

una autoexclusión del consumidor. Al tiempo contempla otras acciones colectivas de cesación respecto de las que –de conformidad con los criterios mantenidos anteriormente por las normas europeas– no se prevé posibilidad alguna de desvinculación.

El gobierno aprobó el 20 de diciembre un anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores que opta por un modelo de autoexclusión del consumidor (*optout*) respecto de la sentencia colectiva que tendría un general efecto vinculante respecto de todos los afectados a los que, por otra parte, se impide su intervención en el proceso. No han faltado críticas que consideran que el diseño proyecto no tutela adecuadamente los intereses individuales¹⁷.

Parece oportuno analizar si efectivamente, en el texto proyectado para la transposición de la Directiva 2020/1828, se ha articulado adecuadamente la facilitación del acceso a la justicia con el respeto al derecho intangible a disponer de la tutela jurisdiccional que a cada consumidor corresponde. Se trata de un análisis que debe partir de los límites constitucionales y también de los problemas advertidos en la aplicación del régimen de las acciones colectivas diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil a los que el texto del anteproyecto debe dar una respuesta, no solo conforme con el marco constitucional, sino eficaz, efectiva y eficiente.

II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA POSIBILIDAD DE ACTUAR LA TUTELA JURISDICCIONAL POR OTROS

El artículo 24 CE establece el derecho a obtener una tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de “todas las personas”. La generalidad de la atribución de este derecho a todas las personas se refuerza por la exigencia de una tutela “efectiva”, por lo que no resultará suficiente cualquier respuesta jurisdiccional a la pretensión de tutela, sino que tal respuesta tiene, como parámetro de adecuación a la exigencia constitucional, el logro de la efectividad del derecho o interés que recaba la actividad tuteladora de la jurisdicción.

La tutela efectiva queda supeditada a la acreditación de la fundamentación de la pretensión esgrimida ante la jurisdicción, por lo que no ocasiona vulneración

¹⁷ HORTELANO ANGUITA, M.A., “Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para los intereses colectivos de los consumidores” en *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2023, p. 2 [consultado en versión electrónica]

alguna del derecho del justiciable una denegación de tutela motivada en razones que excluyan la arbitrariedad. Como ya señaló la STC 176/1996 de 11 de noviembre, “el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989, 18/1990y 111/1995 entre otras muchas)”¹⁸. La efectividad de la tutela jurisdiccional se alcanza tanto con

¹⁸ En este sentido, la STC 5/2006, de 16 de enero, señala que en el control de constitucionalidad “no se trata de enjuiciar la razonabilidad de la interpretación propuesta por la demanda, ni de compararla con la realizada por la Audiencia Provincial, sino de analizar si esta última interpretación está motivada y si no es manifiestamente irrazonable”.

Además, “el derecho a obtener una respuesta sobre el fondo del asunto, como parte esencial de la tutela judicial efectiva, resulta plenamente compatible con una eventual respuesta de inadmisión que, consecuentemente, deje sin resolver el fondo. La compatibilidad de ambos tipos de pronunciamiento tiene su razón de ser en la propia configuración legal del derecho a la tutela judicial y en la apreciación que el órgano judicial ha de realizar de los presupuestos y causas fijados por la norma para pretender su respuesta sobre el conflicto planteado. La apreciación de tales causas de inadmisión constituye, en principio, una cuestión de legalidad, que resulta revisable por el Tribunal Constitucional cuando el modo de realizarla conduce a una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE por haber sido llevada a cabo de forma arbitraria o no razonable” STC 135/1996, de 23 de julio.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es conocida y es resumida por la STC 135/2008, de 27 de octubre: “No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, F. 3; 124/2002, de 20 de mayo, F. 3; 73/2004, de 22 de abril, F. 3; 144/2004, de 13 de septiembre, F. 2, y 327/2005, de 12 de diciembre, F. 3, entre otras). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (por todas, SSTC 251/2007, de 17 de diciembre, F. 4; o 26/2008, de 11 de febrero, F. 5). Asimismo, también puede verse conculcado el derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (SSTC 301/2000, de 11 de diciembre, F. 2; 311/2000, de 18 de diciembre, F. 3; 77/2002, de 8 de abril, F. 3; 166/2003, de 29 de septiembre, F. 4; o 251/2007, de 17 de diciembre, F. 4).

Con carácter general, la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la

un pronunciamiento favorable como desfavorable en torno a la existencia o no existencia de un derecho, siempre que sea un pronunciamiento razonado, fundado en Derecho y no arbitrario. En todo caso, este derecho a la tutela jurisdiccional tiene como elemento de referencia un derecho o interés legítimo, cuya existencia se afirma y a cuya acreditación se encamina el proceso.

No obstante, la mera acreditación de la existencia de un derecho subjetivo o de un interés –legítimo, según la calificación constitucional– no supone necesariamente la existencia de un derecho a la tutela judicial efectiva.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “la efectividad de la tutela judicial es exigible, en favor de cualesquiera «derechos e intereses legítimos» (art. 24.1 CE) y no sólo de los derechos incluidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I CE” (STC 238/1992 (Pleno), de 17 de diciembre); pero el legislador ordinario puede valorar que determinadas situaciones jurídicas –que admiten la calificación, en su vertiente subjetiva, de verdaderos derechos– no reclaman una tutela judicial sin que tal valoración merezca, en todo caso y desde el punto de vista constitucional, un juicio de censura¹⁹. Ahora bien, esta privación de acción

función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantarse la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en ese proceso de amparo constitucional no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria, infundada, o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, o la que, asimismo, no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, F. 2, o 26/2008, de 11 de febrero, F. 5)”.

¹⁹ Con una cierta falta de precisión en la argumentación –algo confusa en sus términos–, tal parece ser la idea mantenida en la STC 190/2005, de 7 de julio, al exigir una “determinada dimensión substantiva” a los derechos e intereses para otorgarles un derecho a la tutela judicial efectiva: “El ordenamiento jurídico atribuye derechos subjetivos y de él derivan intereses legítimos. Una vez que éstos están reconocidos, si el legislador les negase el acceso a la tutela judicial efectiva se vulneraría el art. 24 CE, pero ello es así sólo una vez que los ha reconocido el ordenamiento jurídico. Si el legislador no los recoge, si les niega la condición de derechos e intereses legítimos podrán vulnerarse otros preceptos constitucionales, pero no, desde luego, el art. 24.1 CE. Naturalmente, la Ley no tiene una ilimitada libertad para el reconocimiento de los mencionados derechos o intereses sustantivos, pero, en el contexto que se está tratando, no es del art. 24.1 CE de donde proceden los límites aquí relevantes, sino de otros preceptos de la Constitución. En concreto, no existe

debe estar justificada por otros intereses –no necesariamente derechos, ni aún fundamentales– generales o particulares. Así, instituciones como la prescripción o la caducidad pueden llegar a privar al derecho o al interés de la acción que los tutela en atención a principios como el de seguridad jurídica²⁰.

Por otra parte, la vinculación de la tutela judicial efectiva con “todas las personas” parece ligar tal garantía de forma necesaria con los derechos e intereses individuales de los que se sea directamente titular. Cabe una extensión de la legitimación a un sujeto distinto al titular de la acción, pero la opción por tal extensión o su restricción al titular del derecho constituye una opción de mera legalidad. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “no es cometido

un concepto constitucional de perjudicado ni de beneficiario de la indemnización en la materia regulada por los preceptos cuestionados, es decir, ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada. Los preceptos legales que regulan esta materia han de respetar las exigencias de diversas normas constitucionales, entre ellas, como se ha visto, las del principio de igualdad (art. 14 CE), para atribuir a un sujeto esa condición. Pero del art. 24.1 CE no se deduce que nadie deba recibir la consideración de perjudicado o de beneficiario de la indemnización, sino que lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es que quien ostente dicha condición por atribución constitucional o legal sea tutelado en esa condición por los jueces.

Como con acierto señala el Abogado del Estado, lo que exige el derecho a la tutela judicial no es que los derechos adquieran una determinada dimensión sustantiva, sino que una vez delimitada ésta, «no existan obstáculos artificiales para su defensa en juicio».

²⁰ En su sentencia 160/1997 (Pleno), de 2 de octubre, el Tribunal Constitucional confirmó su reiterada doctrina de que la interpretación de las normas relativas a los plazos de caducidad y de prescripción es cuestión de legalidad ordinaria. “Es indiscutible –había afirmado ya nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 158/1987, de 20 de octubre– que el art. 24 de la Constitución, al favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia, exige una ausencia de condicionamientos previos que dificulten o entorpezcan la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional, de manera que cuando el legislador imponga requisitos que entrañen obstáculos del derecho al proceso o a la jurisdicción, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada en esta sede, atendiendo a las perspectivas de cada caso concreto, habiendo de señalarse en línea de principio que el obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables. Dentro de este terreno de los obstáculos al libre acceso a la justicia o, si se prefiere verlo así, a la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pertenece la materia de los plazos de prescripción y caducidad de los derechos, que, aunque a primera vista parece pertenecer al sector jurídico de carácter no procesal y que por ello pudiera pensarse que son ajenos al marco del derecho fundamental que aquí estamos examinando, pueden constituir obstáculos a la satisfacción del derecho de que estamos hablando”. En igual sentido STC 135/1996, de 23 de julio. Conviene advertir que la prescripción o la caducidad dan lugar a una sentencia absolutoria en cuanto al fondo, por lo que no son propiamente óbices procesales, aunque así pareciera deducirse de esta sentencia, en la que, por otra parte, no hay ninguna intención de pronunciarse sobre la naturaleza de la prescripción o la caducidad

de este Tribunal entrar a considerar con carácter general quiénes deben estimarse legitimados para ser parte o personarse en un determinado proceso, cuestión que incumbe resolver de ordinario a los órganos judiciales” (STC 87/2003, de 19 de mayo, F. 4) pero al tiempo, el mismo tribunal ha señalado que “al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales” (STC 24/1987, de 25 de febrero y, en igual sentido SSTC 195/1992, de 16 de noviembre, 73/2004, de 19 de abril, 219/2005, de 12 de septiembre y, en relación con el proceso civil, la STC 228/2005, de 12 de septiembre).

Ciertamente esta doctrina se formula para facilitar el acceso al proceso a quien sea titular de un interés relevante y, por lo tanto, cuando el mismo resulte afectado por las cuestiones que se han de dilucidar en el proceso.

En el ámbito de las acciones colectivas, hay ocasiones en que la persona resulta lesionada en sus derechos no de forma directa, sino en la medida en que forma parte de un grupo o colectivo. Es preciso determinar en qué medida la afectación del interés común al grupo, cuya lesión repercute en cada uno de sus miembros, crea una legitimación suficiente en cada titular, bien para reaccionar reclamando la tutela de los intereses del grupo, bien para instar para el grupo la tutela en razón de la afectación que le produce el acto lesivo.

En relación con el derecho al respeto que merecen los grupos étnicos, sociales y religiosos, derecho que se integra en el derecho al honor colectivo, como señala la STC 214/1991, de 11 de noviembre, “habida cuenta de que tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir (...) la legitimación activa de todos y cada uno de tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos (...) permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes”. Por ese motivo, la sentencia reconoce un interés legítimo suficiente a un miembro de una colectividad cuyo honor colectivo es lesionado, no sólo para interponer recurso de amparo²¹, sino “a los

²¹ La STC 54/2006, de 27 de febrero, reconoció a las asociaciones de consumidores legitimación para interponer recurso de amparo ante la lesión de los derechos fundamentales de sus asociados.

efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad”²²; es decir, le otorga legitimación para impetrar en la vía ordinaria –civil– la tutela del derecho fundamental al honor y la propia imagen. La legitimación afirmada por esta sentencia responde al carácter fundamental del derecho al honor, incluido en la sección primera, del capítulo segundo, del título I de la Constitución.

Entendemos que no cabría mantener igual interpretación en relación con otros derechos, reconocidos fuera de esa sección primera. Así, el artículo 45 CE reconoce que los ciudadanos tienen un “derecho a la protección del medio ambiente adecuado”, un derecho que exige una actividad de desarrollo y promoción pública, sin perjuicio de otros derechos de contenido más inmediato como el derecho a la vida, a la integridad física o a la intimidad en los que puede incidir de forma directa un deterioro del medio ambiente y cuya tutela puede ser instada de forma directa por el afectado. La común participación en el medio ambiente determina un interés en su adecuada promoción, pero mientras no se haya materializado en un daño personal, ese interés carece de relevancia constitucional suficiente como para otorgar legitimación para instar una tutela jurisdiccional en relación con un medio ambiente adecuado. Corresponde a la legislación que desarrolle este derecho la precisión de las modalidades de tutela –las concretas acciones– de los intereses amparados bajo la expresión “derecho al medio ambiente” y la legitimación para hacerlas valer. Cuando no se trata, propiamente, de derechos fundamentales, sino del desarrollo de la acción social y económica de la Administración, la posibilidad de configuración del acceso a la tutela judicial queda supeditada al reconocimiento de un derecho o interés con una substantividad suficiente.

Nuestra postura no es contraria al reconocimiento de una amplia legitimación en materia de medio ambiente, con la característica amplitud incluso de la denominada acción popular, pero su introducción no debe entenderse como una automática derivación de la existencia del artículo 24 CE y la utilización del término derecho en el artículo 45 CE²³. Requiere, en todo caso, una norma habili-

²² La afirmación contenida al final del fundamento de derecho cuarto de la sentencia reconoce una legitimación suficiente para el ejercicio de la acción civil, cuyo desconocimiento implicaría una vulneración del artículo 24 CE. En su fundamento de derecho tercero el interés legítimo se reconoce a los efectos del artículo 162.1 b) CE, pero resulta claro del texto de la sentencia que la privación de legitimación para el mismo ejercicio de la acción civil supondría ya tal vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva.

²³ No desconocemos la existencia de posturas que consideran que el artículo 45 CE recoge un “derecho de primera generación”, un verdadero “derecho humano fundamental” cuya ubicación

tante que otorgue una específica legitimación para actuar en interés de la colectividad²⁴ y, sobre todo, que garantice que quien actúa el interés colectivo reúne las condiciones adecuadas para hacerlo de forma eficiente en tanto que su actuación redundará en beneficio o perjuicio de una colectividad, en muchos casos permeable, titular de un bien o interés en el que todos sus miembros concurren de forma no excluyente.

La habilitación –legitimación– de un sujeto para actuar en interés de la colectividad supone crear un instrumento de actuación que difiere de la representación orgánica, en la medida en que no actúa de conformidad con una voluntad que esa colectividad ha formado y manifestado, sino en atención a lo que el sujeto legitimado considera oportuno y conveniente llevar a cabo en interés de la colectividad. En la medida en que el sujeto legitimado sea miembro de la colectividad, su actuación encontrará una motivación y aliciente en la repercusión que la adecuada tutela del interés colectivo tendrá en su propia esfera personal o patrimonial. Esa participación en un interés común justifica su actuación. Pero debe advertirse que su legitimación resultará extraordinaria, pues en modo alguno el sujeto habilitado –legitimado– para actuar la tutela judicial del interés colectivo agota la titularidad de ese interés. Por ese motivo, la atribución de esa legitimación, debe contemplar la capacidad técnica –también económica– para asumir la actuación de un interés colectivo.

En el ámbito del consumo, se ha venido considerando que, para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, tal capacidad técnica de conducción del proceso puede ser alcanzada por asociaciones constituidas para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios. Ahora bien, llegados a este punto debemos preguntarnos si, en aquellos casos en que la actuación lesiva del interés colectivo haya comportado también una lesión de los derechos individuales de consumidores, tales asociaciones pueden sustituirles para formular reclamacio-

en la Constitución se llega a afirmar que obedece a un error sistemático. En nuestra opinión no deja de ser un principio rector de la política y la acción pública. Con mayor detalle, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La legitimación procesal en materia de medio ambiente” en EMBID IRUJO, A. (*dir.*) *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Madrid, 2008, pp. 399 y ss.

²⁴ Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. en su comentario al artículo 54 en CÁMARA LAPUENTE, S. (*dir.*), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Majadahonda, 2011, p. 435, en cambio, del artículo 24.1 CE “se deriva necesariamente” la legitimación del consumidor para la defensa de un interés supraindividual, “salvo en aquellos casos en que de forma explícita y por razones específicas se excluya esa legitimación”.

nes de reparación del daño causado, sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva de esos mismos consumidores.

Cabe pensar que la atribución de legitimación a una asociación o a un órgano público para actuar la tutela judicial efectiva en interés del titular de un derecho, en ningún caso entraña una limitación del derecho de acción, sino que, por el contrario, comporta un refuerzo de los mecanismos de actuación del Derecho. En todo caso, la posible actuación procesal de una asociación para la defensa de los derechos o intereses de sus asociados requiere de una norma habilitante que la legitime para el ejercicio de las acciones que tutelan esos derechos o intereses (STC 141/1984, de 22 de octubre), sin que el mero carácter de subsidio o apoyo al derecho o interés individual constituya por sí mismo una justificación suficiente para la legitimación de la asociación o entidad habilitada²⁵.

En este punto, el Tribunal Constitucional había venido considerando que el artículo 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios, constituía una previsión legal que dotaba de legitimación suficiente a las asociaciones de consumidores y usuarios para actuar con un interés legítimo en defensa, al menos en el ámbito administrativo, de los derechos e intereses de sus asociados, si bien, “esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios” (STC 219/2005, de 12 de septiembre). Tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el ámbito civil, la norma habilitante debe ubicarse en su artículo 24, en relación con lo señalado en el artículo 11 LEC.

La posibilidad de que una entidad o asociación pueda actuar la tutela jurisdiccional que a otros corresponde obedece a una opción del legislador que puede configurarla con una mayor o menor amplitud en función de los objetivos lo logro de una mayor efectividad de la tutela jurisdiccional en relación con un grupo determinado de sujetos. La actuación de esa tutela jurisdiccional por un tercero resulta concurrente con la que podría realizar el propio titular del derecho o interés afectado. La intensificación de esa legitimación puede llevar a que el ejercicio de la acción por un tercero en interés del titular del derecho o interés tutelado por la acción se sobreponga a la decisión del propio titular del derecho sobre la

²⁵ Evidentemente, tal asociación o entidad contaría con la garantía del artículo 24 CE en relación con las acciones que tutelan los derechos subjetivos de los que es titular como persona moral.

procedencia del ejercicio de esa acción. Esta intensificación se da en las acciones colectivas. El grado en que se produce esta superposición exige un detenido análisis de su regulación.

III. LA INTRODUCCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. LA INTRODUCCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS POR DAÑOS EN LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil introdujo una primera regulación de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico. La innovación no respondía a un acabado diseño de quienes promovían el código procesal, sino que fue encajada en su texto a través de las enmiendas presentadas al articulado²⁶ del proyecto de ley elevado por el gobierno al Congreso de los Diputados. La regulación resultante no conformaba un peculiar proceso colectivo. Pivotaba en torno a la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas y esa regulación condicionaba las posibilidades de intervención y de acumulación de procesos al tiempo que reclamaba una determinación de los efectos de la sentencia y las peculiaridades de la ejecución²⁷.

Ciertamente, el elemento más característico de la acción colectiva estriba en el desplazamiento de la legitimación para la tutela de los derechos e intereses afectados de sus directos titulares a quien capitaliza el impulso necesario para lograr la actuación del ordenamiento jurídico en interés de aquellos.

Este fenómeno jurídico no era desconocido en nuestro ordenamiento jurídico. Con apoyo en la previsión del artículo 394 CC, se había venido admitiendo la posibilidad de que un comunero ejercitase la acción que tutela los derechos e intereses de la comunidad de bienes²⁸. La sentencia que estimase la acción,

²⁶ En el Congreso de los Diputados se presentó una enmienda –la 125– al artículo 10 del proyecto presentado cuyo tenor literal era muy similar al que presentó el texto del artículo 11 LEC.

²⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español”, en GASCÓN y PEITEADO (*dirs.*), *Estándares europeos y proceso civil*, Barcelona, 2022, p. 713 considera esta primera regulación como desperdiciada, escueta e incompleta.

²⁸ Así nuestros tribunales han venido señalando que no es necesario, para el ejercicio de una acción en beneficio de la comunidad, que todos los comuneros actúen conjuntamente: “cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad” (STS 14 de marzo de

al tutelar el derecho de los comuneros, redundaría en beneficio e interés de los copartícipes en la situación jurídica tutelada. Esta admisión de la actuación de un copropietario en interés de la comunidad intenta evitar que la conveniente coordinación de los comuneros para el ejercicio de la acción se convierta en un obstáculo para la efectividad de la tutela del derecho del que, en común, se es titular. Mientras los partícipes no se opongan a la actuación del derecho, al ejercicio de la acción, la iniciativa aislada de uno de los copropietarios es suficiente para desencadenar la actividad jurisdiccional que finalizará en una sentencia que extenderá sus efectos a todos los sujetos en cuyo interés se actúa. La acción aun ejercitada en nombre propio por uno de los comuneros, se hace valer en interés de la comunidad y, por tanto, la sentencia extiende sus efectos a todos los comuneros, aunque no hayan intervenido en el proceso.

1994 [RJ 1994, 1779]). Se trata de un criterio jurisprudencial que extrae del artículo 394 CC un principio general cuya admisión en nuestro Derecho se ha producido sin apenas resistencia. La jurisprudencia ha venido exigiendo para el ejercicio individual de la acción en interés de la comunidad que el comunero actúe en beneficio de la comunidad o que el propietario cuente con el consentimiento de los demás (STS 13 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9005]) por lo que se excluye cuando se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor o de una minoría de los comuneros. En principio se presume que el comunero actúa con el tácito consentimiento del resto de comuneros. La STS 28 julio 1995 (RJ 1995/6758) señaló expresamente que no es exigible la demostración del consentimiento de todos los demás copropietarios. Y así, la sentencia obtenida por uno de los comuneros, actuando en beneficio de la comunidad, aprovecha a los demás en lo que les resulte favorable, pero no en lo que les perjudica (STS de 8 de julio de 1997 [RJ 1997, 6013]). Es decir, comporta una extensión de los efectos de cosa juzgada, en la medida en que el actor ha actuado por todos los comuneros.

En estos supuestos cabría pensar que la legitimación del comunero es directa, en cuanto defiende un interés propio (GUTIÉRREZ DE CABIEDES P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Elcano, 1999, p. 319). pero en la medida en que, además, su actuación también repercute en beneficio de los demás comuneros, se ha considerado que actúa con legitimación directa para defender su interés y con una tácita representación del resto de los comuneros (CORDÓN MORENO, F., “La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero Nuevo de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 2007, nº 44, p. 118, nota 5). En mi opinión, actúa con legitimación indirecta, pues defiende un derecho ajeno –el de la comunidad, que no es exclusivo del comunero– en interés propio –que no es sino la utilidad que le proporciona su participación en la comunidad–. Tal legitimación queda supeditada a la acreditación de que su actuación es en interés de la comunidad. También encuadra este supuesto en la categoría de legitimación indirecta CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La tutela judicial del tercero*, Madrid, 2005, p. 179. Para GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*. T. I, 8ª edición. Madrid, 1976, p. 145, se trataría de un supuesto de legitimación por sustitución. Sólo cabría afirmar la existencia de una legitimación directa si la acción fuese ejercitada de consuno, por todos los cotitulares. En tal sentido, JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil*. Cizur Menor, 2014, p. 311.

El ejercicio de la acción colectiva viene a reproducir un esquema semejante. Se otorga una peculiar legitimación a un sujeto para actuar en nombre propio, pero en interés de los afectados por una conducta calificada como “dañosa”. Se busca así un pronunciamiento que extienda sus efectos a todos los afectados, aunque no hayan intervenido en el proceso.

En el Derecho comparado, las acciones colectivas han encontrado un primer y más amplio desarrollo en el Derecho norteamericano. Bajo la denominación de *classactions*, surgieron como una excepción a la *necessaryparty rule*, que exige la presencia en el proceso de todos los sujetos que han de resultar afectados por la sentencia²⁹. En nuestro ordenamiento jurídico encontramos una manifestación parecida en la regla del litisconsorcio pasivo necesario. Se trata de una regla de legitimación pasiva³⁰ y que no tiene una equivalente y expresa formulación como regla de legitimación activa, por la vigencia –como acabamos de ver– del principio, comúnmente admitido, de la suficiencia de la legitimación del comunero para actuar en nombre de la comunidad. Pero el litisconsorcio también adquiere

²⁹ La Regla 19 de las *Federal Rules of Civil Procedure* al introducir los casos de litisconsorcio necesario (*required joinder of parties*) recoge en su apartado (d) el carácter excepcional de las *class actions* reguladas en su Regla 23 que excluye, como regla especial, la aplicación de la Regla 19.

³⁰ Puede encontrarse algún pronunciamiento del Tribunal Supremo que defiende que se trata de instituciones distintas, como la STS 884/2010 de 21 de diciembre que afirma: “El motivo no puede acogerse puesto que confunde lo que es legitimación, en su lado pasivo, y litis consorcio, que son instituciones distintas, tratando de involucrar en el daño a otra entidad que también intervino en la construcción. La primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perjudicado dirige su acción, haciéndole responder de lo que se le reclama en el pleito, y no impide al demandado, mediante la prueba que practique, acreditar la ausencia de culpabilidad civil para exonerarse de responsabilidad por no haber concurrido al daño que se le imputa. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de no ser escindible la relación jurídica material, siendo una exigencia de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias”. El argumento es falaz. Podría admitirse dirigir la demanda frente a un solo litisconsorte, pero en tal caso se daría lugar a sentencias contradictorias, al impedir el principio de audiencia extender los efectos de la sentencia a quien no fue demandado. Lo que el principio de audiencia y la prohibición de la indefensión vetan es la ampliación de los efectos de la sentencia ganada frente a un solo litisconsorte. La regla del litisconsorcio necesario exige que la demanda se extienda frente a todos, para evitar el resultado de sentencias contradictorias, no para evitar la vulneración del principio de audiencia –que queda garantizado con los límites subjetivos de la cosa juzgada–, sino como exigencia intrínseca de la naturaleza de la acción que se construye como inescindible. En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F. *Acumulación de acciones y de procesos civiles*, Las Rozas, 2019, p. 18, considera los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario como supuestos de legitimación pasiva plural.

carácter necesario, como regla de legitimación activa, cuando se pacta el ejercicio mancomunado de los derechos o cuando entre los comuneros se hace manifiesta la divergencia de intereses en lo que ha de entenderse como un interés común.

La concurrencia de diversos sujetos en una situación homogénea, por haber padecido las consecuencias de una misma acción dañosa, genera sin duda una comunidad de intereses en obtener de la jurisdicción el reconocimiento del carácter dañoso de la acción antijurídica y la procedencia de una reparación del daño. Ahora bien, esta comunidad de intereses es una mera concurrencia de afanes y algo diverso a la relación jurídico real de cotitularidad sobre un mismo bien indiviso. La actuación de cualquiera de los afectados en petición de una tutela jurisdiccional sólo determinará un pronunciamiento jurisdiccional que limitará su eficacia a quienes hayan sido parte en ese proceso. Nada impide a los distintos afectados unir esfuerzos mediante la acumulación de sus pretensiones en un mismo proceso, pero la sentencia sólo extenderá su eficacia a quienes hayan hecho valer acumuladamente sus pretensiones.

La posibilidad de una tutela colectiva presenta las ventajas de una decisión única que conjura el riesgo de pronunciamientos contradictorios y reduce los costes de litigación. Su principal ventaja se advierte cuando el importe de la reparación del daño en cada uno de los afectados es tan reducido que elimina todo incentivo en iniciar un proceso, por más que una eventual victoria pudiera permitirles repercutir los gastos procesales en virtud de la condena en costas.

El denominado “asunto de la colza”, surgido en la primavera de 1981³¹, influyó en la decisión del legislador de introducir en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de un apartado 3 en su artículo 7, por el que se establecía el deber de los Juzgados y Tribunales de proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos: “Para la defensa de estos últimos se reconocerá legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

³¹ Se produjo en esas fechas una intoxicación masiva por consumo de aceite de colza desnaturalizado. El asunto finalizó con la sentencia del Tribunal Supremo (sala segunda) de 26 de septiembre de 1997. Fueron condenados los autores de la manipulación del aceite de colza por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones y en razón de su condición de funcionarios se declaró la responsabilidad subsidiaria del Estado.

La vaguedad de este precepto atrajo la atención de la doctrina para precisar cuál podía ser el contenido de la referencia a los intereses colectivos y el alcance de la legitimación reconocida para su defensa y promoción³².

La regulación del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concretó estos extremos en el ámbito del consumo y configuró una tutela colectiva de los consumidores enfocada primordialmente a acciones por daños³³.

Al ubicarse esta tutela colectiva en el ámbito del consumo, la pretensión de reparación o resarcimiento del daño debía anclarse en una norma o precepto que admitiese su procedencia en razón de una responsabilidad contractual, pues la condición de consumidor surge de la existencia de una relación de consumo que se articula jurídicamente en forma de relación contractual de adquisición de bienes o de utilización de servicios³⁴.

Fuera de este ámbito contractual, sólo sería posible el ejercicio de una acción colectiva de reparación de daños personales y materiales fundada en la responsabilidad del fabricante o distribuidor que establece el artículo 135 TRLGDCU, en relación con el artículo 128 TRLGDCU, toda vez que esta responsabilidad se establece en el ámbito de la tutela de los consumidores y usuarios³⁵. En esos

³² Vid. por todos GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional... cit.*, pp. 305 y ss.

³³ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., "Acciones colectivas y Derecho europeo... *cit.*", p. 713.

³⁴ No cabe, en el ámbito civil, esta tutela colectiva por daños medioambientales por contaminación. LaSTS (Sala 1^a) 639/2015, de 3 de diciembre, resuelve un recurso planteado en un caso de responsabilidad extracontractual por lesiones causadas por el contacto con el amianto. En el proceso se habían acumulado las acciones de cuarenta y cinco afectados que acogían pretensiones de familiares de trabajadores o sujetos expuestos a las sustancias contaminantes en las proximidades de la fábrica. El Tribunal Supremo señaló que la jurisdicción civil no podía conocer de las pretensiones de los familiares de los trabajadores fallecidos en su condición de herederos de los afectados, pero, en cambio, sí afirmó su jurisdicción para resolver las reclamaciones de las amas de casa ajenas al contrato de trabajo y que resultaron afectadas al lavar la ropa de los trabajadores y considera responsable a la empresa por aplicación del artículo 1902 CC. En este caso no se había ejercitado una acción colectiva, sino que se había procedido a una acumulación subjetiva de acciones.

³⁵ En tal sentido, la STS (Sala 1^a) 89/2017, de 15 de febrero, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que a su vez había desestimado una acción de nulidad contractual y subsidiariamente de resolución contractual y de indemnización de daños y perjuicios contra la sociedad distribuidora de unos implantes mamarios. Resulta de interés una acción había sido interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios impetrando la tutela de las consumidoras afectadas por los defectos de los implantes mamarios fundada en la falta de información que debía haberse ofrecido sobre los riesgos de los implantes. La acción ejercitada frente a la sociedad distribuidora de los implantes fue de nulidad contractual, subsidiariamente de resolución contractual y

casos, los daños producidos por los productos defectuosos distribuidos en el mercado determinan la responsabilidad del fabricante o distribuidor frente a todos los afectados y no únicamente a los consumidores que hubieran adquirido el producto defectuoso.

Los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC—con el carácter de norma general para el ejercicio de acciones colectivas— confieren legitimación a determinados grupos, asociaciones y entidades para formular pretensiones en relación con las consecuencias causadas por «un hecho dañoso». En su estricta literalidad, la acción colectiva sólo sería posible cuando una única actuación hubiese determinado daños con una proyección en una multiplicidad de damnificados que han de tener, conforme a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil —como venimos señalando—, la consideración de consumidores. El daño se genera por una inadecuada prestación —no conforme con las obligaciones asumidas— dentro de la relación de consumo. La posibilidad de la litigación en masa descansa en la viabilidad del enjuiciamiento único de una conducta del demandado, pretendidamente dañosa, que ha tenido una proyección masiva en una multiplicidad de consumidores y, sólo en los casos de responsabilidad objetiva del fabricante, en quienes no tienen la condición de consumidores³⁶.

acumuladamente se solicitaba la indemnización de daños y perjuicios. La acción fue desestimada en primera y segunda instancia. Recurrida en casación el Tribunal Supremo, frente a las alegaciones formuladas en el recurso extraordinario subraya que no se había fundado la acción en el carácter defectuoso del producto, ni contra los verdaderos responsables. La demanda se formuló al amparo de los artículos 1101, 1098 y 1124 CC pretendiendo una indemnización por daños y perjuicios asociados a una resolución de un contrato de arrendamiento de servicios, con suministro de un producto y a un error en el consentimiento por falta de información en el momento de prestación del consentimiento. Parece que la acción hubiera tenido otra suerte si se hubiese dirigido frente al fabricante y se hubiese fundado en el art. 128 TRLGDCU.

³⁶ Si se ejercita una acción colectiva al amparo del artículo 11 LEC, cuando en la distribución o utilización de un bien haya consumidores y no consumidores, la acción colectiva solo alcanzará a los consumidores, en los casos en que la responsabilidad no obedezca a la responsabilidad del fabricante por el carácter defectuoso del bien distribuido o utilizado, sino a la mala prestación del servicio.

Así sucedió en el caso de la nevada que dejó inmovilizados a cientos de conductores la autopista AP1. Ejercitada por una asociación de consumidores una acción colectiva al amparo del artículo 11.3 la acción fue inicialmente desestimada, pero, recurrida la sentencia en apelación y posteriormente en casación, la STS 473/2010, de 15 de julio de 2010, condenó a la concesionaria de la autopista, en razón de la responsabilidad contractual en que había incurrido por su falta de diligencia en la adopción de las medidas adecuadas para prever el suceso. La sentencia condenó a indemnizar el importe de las tarifas abonadas en el peaje y además el daño moral en la suma de 150 € a los afectados por la retención producida, pero limitando su extensión a quienes tuviesen la condición de consumidores y usuarios y con exclusión de “aquellos particulares o empresas

La posibilidad de este único enjuiciamiento de una conducta lesiva con repercusión masiva puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad y la procedencia de la reparación del daño, bien de una forma general –que deberá ser concretada en cada particular afectado en la posterior ejecución– bien mediante el establecimiento de las bases que permitan esa concreción de la responsabilidad o incluso de forma concreta, con una individualización pormenorizada de esa responsabilidad en cada afectado.

La acción colectiva encaminada a la reparación de un daño proporciona una tutela redundante con la que cada consumidor podría obtener de forma individualizada. Sus ventajas, respecto de los justiciables, se encuentra en la facilitación de la tutela con un coste mínimo de modo que se allana el acceso a la justicia, sobre todo en aquellos casos en los que el importe de la reparación en cada afectado resulta muy reducido. Desde el punto de vista de la organización de la justicia, la acción colectiva permite ofrecer una respuesta unitaria, que excluye el riesgo de pronunciamientos contradictorios, y, en principio, evita la multiplicación de procesos de modo que conjura el colapso judicial que podría producir la formulación masiva de reclamaciones.

El elemento diferenciador de las acciones colectivas se encuentra en la atribución de legitimación a un sujeto distinto de los titulares de los derechos o intereses afectados por la acción, para facilitar la propia sustanciación del proceso. Este desplazamiento de la legitimación a un sujeto con representatividad suficiente como para ejercitar la acción en interés de los afectados la cualifica como extraordinaria³⁷ y comporta, en el ámbito del proceso civil, una interferencia en el ámbito de la autonomía de su voluntad. El ejercicio de la acción colectiva se

que hubiesen usado del servicio de la autopista para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

³⁷ Así la calificó el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su conocida sentencia 241/2013 de 9 de mayo. La doctrina es unánime en la consideración de esta legitimación como extraordinaria, así, entre otros muchos: GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 116 y “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre, 2020), vol. 12, nº 2, p. 1305; SANDE MAYO, M^a. J., *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Cizur Menor, 2018, p. 88; CUCARELLA GALIANA, L.A., “Litigación masiva, legitimación de asociaciones y tutela de derechos e intereses jurídicos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil” en ORTELLS y CUCARELLA (coord.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Aranzadi, 2019, p. 181 y ARMENTA DEU, T. “La legitimación en las acciones colectivas” en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.) *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, p. 115. También BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Valencia, 2018, p. 46, que la considera un supuesto de legitimación por sustitución.

lleva a cabo prescindiendo de la voluntad de los sujetos particulares afectados. Si la acción civil queda supeditada a la disponibilidad de los titulares de la relación jurídica que la acción tutela –la renuncia de la acción, el desistimiento son actos de disposición de un derecho (arts. 19 y 20 LEC) y también el ejercicio de la acción– el ejercicio de la acción colectiva por un tercero asume la realización práctica de la tutela jurisdiccional que cada afectado podría alcanzar de forma individual. Por este motivo, he señalado que se produce aquí una colectivización de acciones³⁸.

No resultará procedente este desplazamiento cuando la pluralidad de interesados, titulares o afectados no sea tan elevada como para dificultar su presencia, intervención y actuación en el proceso³⁹. Este es un aspecto que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no regula en modo alguno. Si la pluralidad de afectados por un mismo hecho dañoso –por utilizar la terminología empleada en el artículo 11 LEC– no supera la de un reducido grupo de afectados, la sustanciación de una acción colectiva carece de interés. Es difícil establecer un criterio numérico preciso para delimitar cuándo debe optarse por el ejercicio colectivizado de las acciones. En atención a la finalidad de las acciones colectivas, parece que debe admitirse la fórmula del ejercicio colectivizado cuando exista el riesgo de que un considerable número de posibles interesados, titulares o afectados pudiera no ejercitar acción alguna. La colectivización de las acciones se sobrepone a la iniciativa de los particulares y tal colectivización solo parece justificarse cuando aquella iniciativa individual –en atención a los costes del proceso, la información disponible– resulta inviable en la práctica.

La colectivización se presenta así no como una sustracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sino como un refuerzo de esa tutela.

La acción colectiva permite obtener, globalmente y en interés de los afectados, la misma tutela que éstos podrían obtener individualmente y en interés propio. Ahora bien, esta colectivización puede alcanzarse de dos formas distintas.

³⁸ Vid. mi trabajo, “Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones” en Díez-PICAZO Y VEGAS (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, t. II, Madrid, 2016, pp. 1907 y ss.

³⁹ La Regla 23(a)(1) FRCP establece como presupuesto de una *class action* que la clase sea tan numerosa que la incorporación de todos sus miembros al proceso se haga impracticable (“*the class is so numerous that joinder of all members is impracticable*”). El requisito se ha interpretado con gran amplitud.

A) LA ACCIÓN COLECTIVA COMO CAUCE PARA LA AGREGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE UN GRUPO DETERMINADO DE AFECTADOS.

Cabe entender que mediante la colectivización de acciones se opera en el proceso colectivo una mera agregación de las pretensiones que podrían haberse deducido de forma individual y separada en una pluralidad de procesos. Desde esta perspectiva, como se ha dicho con acierto⁴⁰, la denominación de la acción que las agrega como colectiva resultaría impropia, pues no se ejercita una única pretensión, sino una pluralidad de pretensiones. En definitiva, mediante una *acción colectiva o de representación impropia* se alcanzaría una *colectivización de acciones por agregación*, en tanto que se da un tratamiento unitario a acciones que podrían deducirse separadamente⁴¹. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su regulación actual del artículo 15, parece dar pie a la fórmula de acción colectiva impropia, en la medida en que permite la intervención de los consumidores afectados “para que hagan valer su derecho o interés individual” lo que les permitirá realizar cualesquiera actos procesales, siempre que no hubieran precluido⁴².

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial... cit.*, 2010, p. 173, quien afirma “en los procesos colectivos para la tutela de derechos o intereses plurindividuales se ejercitan, en rigor, una pluralidad de pretensiones de forma cumulativa: es cierto que la legislación y la jurisprudencia hablan de «acción colectiva», en singular; pero no puede negarse que se trata de una forma de simplificación terminológica, que sirve para poner de manifiesto que una única solicitud de tutela judicial sirve para reparar una pluralidad de lesiones sufridas por una pluralidad de bienes jurídicos individuales” —y añade— “Desde la perspectiva del legitimado activo, y con cierta laxitud dogmática, puede entenderse que se está ejercitando una sola acción, la colectiva. Y, desde la perspectiva del juzgador, lo anterior justifica que, en principio, las diversas pretensiones ejercitadas no reciban en el proceso un tratamiento separado e individualizado, sino homogéneo, de modo que normalmente se les deba dar una respuesta conjunta y también homogénea en la sentencia”.

No obstante, hay autores que consideran que el ejercitar una acción colectiva sólo se formula una única pretensión procesal que va a afectar a una pluralidad de sujetos, sin que se interpongan de forma acumulada tantas pretensiones como sujetos afectados, *cfr.* ARMENGOT VILAPLANA, A., “Intervención de consumidores y acumulación de pretensiones en el proceso colectivo” en ORTELLS y CUCARELLA (coord.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil, cit.*, p. 251 y *Hacia una reconstrucción de la acción colectiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 38.

⁴¹ Por otra parte, la colectivización debería considerarse absoluta si no se permite la autoexclusión de los afectados, o bien relativa, en la medida en que se admita la adhesión o autoexclusión de los afectados.

⁴² SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Intervención de terceros en el proceso civil español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 199, nota 20. Para MARTÍN PASTOR, J., “La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación” en ORTELLS y CUCARELLA (coord.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil, cit.*, p. 141, en estos casos se produce una acumulación de

En estos supuestos la legitimación extraordinaria de entidades y asociaciones y de índole representativa resulta concomitante con la legitimación que cada afectado tiene para instar su acción individual para obtener una tutela resarcitoria. Ciertamente, los afectados carecen de legitimación para el ejercicio de una acción colectiva de carácter resarcitorio, pero no debe desconocer que la acción colectiva resarcitoria no es sino un cauce para lograr de forma unitaria la tutela que cada afectado puede lograr de forma individual.

Las relaciones entre la entidad que ejercitó la acción y el sujeto particular que interviene en el proceso adquieren un particular cariz, pues no pueden considerarse propiamente litisconsortes en razón de la diversa posición jurídica frente los intereses que reclaman tutela y la amplitud con que pueden formular sus pretensiones y del correspondiente ejercicio de facultades dispositivas. Afirmar el litisconsorcio es excesivo, pero identificar la posición del interviniente con la de un coadyuvante, resulta insuficiente, pues el pronunciamiento que finalmente se dicte no tiene una eficacia indirecta o refleja sobre el interviniente, sino directa⁴³. Por otra parte, si se admite que el afectado puede desvincularse de la tutela colectiva y ejercitar su acción en un proceso distinto, es porque el ejercicio de la pretensión colectiva ya comportaba la afirmación de la acción que el afectado puede deducir de forma desvinculada en un proceso individual. Si se admite la consideración de la acción colectiva resarcitoria como un mecanismo de colectivización de acciones mediante agregación de todas las posibles pretensiones individuales, la intervención de un afectado no es sino para defender el derecho o interés que

la acción individual del consumidor a la acción colectiva.

No han faltado quienes han apuntado que si la intervención se produce de modo tardío al amparo del artículo 15.2 LEC “no debería producirse a los efectos de formular su propia pretensión procesal, sino para adherirse a la pretensión colectiva formulada por la entidad actora”, ARMENGOT VILAPLANA, A., *Hacia una reconstrucción... cit.*, p. 156; *vid. también op. cit.*, p. 164. Aduce en apoyo de su postura lo resuelto por la SAP de A Coruña (secc. 4ª) 435/2016, de 26 de diciembre (AC 2017, 87). No obstante admite que pueda haberse producido una acumulación inicial de pretensiones individuales a la colectiva en el momento de presentación de la demanda, lo que justificaría el tenor del art. 221.1.3º LEC. La misma autora, *op. cit.*, pp. 158, entiende que en los casos del artículo 15.3 LEC, aunque resulte teóricamente viable que el interviniente formule su propia pretensión durante el periodo de suspensión del proceso, esta circunstancia “implicará la exclusión del consumidor individual de la pretensión colectiva y la pérdida de utilidad de esta última”.

⁴³ Para BONACHERA VILLEGAS, R., “Publicidad e intervención en las acciones colectivas” en ARMEN- TA y PEREIRA (coords.) *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 230, la eficacia directa de la sentencia, si la acción tiene un contenido resarcitorio, determina su calificación como intervención litisconsorcial, *vid. también BONACHERA VILLEGAS, R. Tutela procesal... cit.*, p. 73.

tutela una de las acciones colectivizadas. Su intervención no comporta la adición de una nueva acción, sino la reafirmación de su interés en una pretensión colectiva de tutela que ya abarcaba su interés individual.

Esta agregación de pretensiones individuales en la conformación de la acción colectiva no plantea dificultades cuando los afectados en cuyo interés se ejercita la acción constituyen un grupo de individuos perfectamente determinado. Sucede que, en ocasiones, los afectados no resultan fácilmente determinables y la acción se ejercita en interés de los afectados por un hecho dañoso, sin conocer su identidad, ni tan siquiera su número exacto, aunque pueda calcularse dentro una cierta horquilla como aproximado o probable.

B) CARACTERES DE LA ACCIÓN COLECTIVA PARA LA TUTELA DE UN NÚMERO INDETERMINADO DE AFECTADOS

El legislador procesal del año dos mil otorgó una notable importancia a la determinación o indeterminación de los consumidores afectados, hasta el punto de cualificar la naturaleza del interés tutelado –colectivo o difuso– en atención a esta posibilidad de determinación de los afectados y, también en atención a esta circunstancia, estableció unas distintas reglas de legitimación.

En mi opinión, la posibilidad de determinación de los afectados no cualifica de forma necesaria la tipología de interés, pero, en todo caso, se hace muy relevante a los efectos de la ejecución de una condena colectiva de contenido resarcitorio. Tiene sentido que, en los casos en que se produzca esta indeterminación de los afectados, la fijación del importe de la restitución, reparación o indemnización se lleve a cabo no en atención a las que corresponderían a los sujetos efectivamente afectados, cuya determinación resulta problemática, sino mediante un procedimiento de determinación global que atendiese al número de unidades producidas y distribuidas, al consumo medio de un servicio o producto que ha dejado de distribuirse en un periodo parecido de tiempo u otros indicios semejantes⁴⁴. El ejercicio colectivizado de acciones con un número indeterminado de sujetos afectados comporta, por tanto, una variación de los elementos probatorios que han de servir para la fijación del monto máximo de indemnización y esta circunstancia exigirá prestar una adecuada atención a la facilidad de carga probatoria para determinar en qué parte debe recaer su levantamiento.

⁴⁴ Se muestra partidario de un sistema de “reclamación de una suma alzada”, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “Los ejes fundamentales del sistema de las acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*” en *Justicia*, 2020, nº 2, p. 108, por más que comporte un apartamiento respecto de ciertos postulados del derecho de daños, *op. cit.*, p. 107.

En estos casos, la intervención de un consumidor afectado y la formulación de pretensiones individuales por tal interviniente constituye un elemento que distorsiona el planteamiento y desarrollo de un proceso que persigue la obtención de una medida resarcitoria de carácter global⁴⁵.

En estos casos, la acción colectiva que pretende una reparación global se presenta con unos perfiles diferentes a los analizados anteriormente. Puede afirmarse que se trataría de una acción colectiva en sentido más propio que, si bien colectiviza la tutela que podría otorgarse a cada consumidor, no lo hace mediante la yuxtaposición o agregación de pretensiones sino mediante la formulación de una verdadera y propia pretensión colectiva. La fundamentación fáctica de esta pretensión colectiva puede diferir de la que esgrimirían los consumidores afectados e identificados, por cuanto que aquella pretensión debe abarcar la tutela de un número indeterminado de consumidores que no han podido ser identificados⁴⁶.

C) LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVE LA ACCIÓN COLECTIVA.

La noción de acción colectiva y la legitimación extraordinaria conferida a las entidades y asociaciones que pueden promoverla comportan, como consecuencia lógica, que la eficacia de la sentencia se extienda al grupo en cuyo interés se

⁴⁵ Tendría sentido, por tanto, que –por más que la sentencia desplegara un efecto directo sobre los derechos e intereses de los consumidores– se conformase el desarrollo del proceso colectivo de un modo tal que se excluyese la posibilidad de formulación de pretensiones por los intervinientes. En la medida en que la entidad legitimada ha formulado una pretensión de tutela global, entendemos proporcionado que –de admitirse la intervención– el interviniente no pueda formular pretensiones individuales de tutela que ya habrán quedado asumidas en la pretensión colectiva. El ámbito de la intervención quedara limitado a la simple formulación de alegaciones y la proposición de prueba. En este sentido, en relación con las acciones colectivas ejercitadas para la tutela de los consumidores indeterminados o de difícil determinación, ARMENGOT VILAPLANA, A., “Intervención de consumidores...” *cit.*, p. 268.

⁴⁶ Escribía hace ya diez años que “de modo abrupto, cabe decir que una acción es colectiva, cuando su ejercicio comporta la decisión de la situación que afecta a muchos. Pero deberíamos considerarla impropriamente colectiva cuando la situación decidida no se caracteriza por su unicidad, sino por su pluralidad. La decisión judicial que se pronuncia sobre una pluralidad de acciones acumuladas, lo hace sobre una pluralidad de objetos procesales, es decir, estima o desestima una pluralidad de acciones individuales. Sólo de un modo impropio puede afirmarse que se decide de modo «colectivo». Por idéntica razón la decisión judicial que se pronuncia sobre una pluralidad de acciones colectivizadas no da respuesta a una acción colectiva, sino sólo si este término se utiliza de modo impropio”, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios” en *Intereses colectivos y legitimación activa* (dir. CARBONELL PORRAS, coord. CABRERA MERCADO), Cizur Menor, 2014, p. 231.

ejercita la acción. Aunque se utilice la expresión de legitimación representativa resulta claro que la actuación de las entidades y asociaciones que ejercitan una pretensión colectiva no descansa en una voluntaria representación conferida por los miembros del grupo en cuyo interés se actúa, sino en una atribución legal, en interés de esos consumidores. Esa atribución se realiza a varias entidades y asociaciones de modo concurrente. Resulta claro que la sentencia que resuelva sobre la acción la “consume” para todos los legitimados activamente. En tanto que su legitimación es extraordinaria, este agotamiento de la acción no supone una extensión de efectos de la cosa juzgada⁴⁷. Quien, con legitimación extraordinaria, ejercita una acción colectiva en interés de los afectados por un hecho dañoso nunca resultará alcanzado por la sentencia en sus propios derechos e intereses, pero sí en su posibilidad de reiterar una acción que ya ha sido decidida. De igual modo queda vinculado quien con igual legitimación extraordinaria podía ejercitar esa misma acción en interés de los afectados en sus derechos e intereses. Cuando se afirma que la noción de acción colectiva reclama una extensión de sus efectos a sujetos distintos de los que han deducido la acción, se hace referencia a la extensión de esos efectos a los sujetos en cuyo interés se ejercita la acción y que, en el caso de las acciones colectivas, carecen de legitimación para el ejercicio de una acción colectiva, por más que pudieran ejercitar una acción individual para la tutela de su derecho o interés individual.

El fundamento de esta extensión tiene un apoyo legal suficiente en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tanto en el artículo 221⁴⁸, como en su

⁴⁷ Para una postura divergente a la manifestada en el texto, *cfr.* ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “Los ejes fundamentales...” *cit.*, pp. 68 a 70.

⁴⁸ Para BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal...* *cit.*, p. 93, la eficacia y contenido de la sentencia que resuelve un proceso colectivo viene determinada por este artículo. Más adelante, *op. cit.*, p. 99, apunta que la extensión subjetiva de la cosa juzgada viene determinada por el artículo 222.3 LEC, pero que, en todo caso, la aplicación del art. 221.1.2 LEC supedita tal extensión a la una expresa declaración, contenida en la sentencia, de que la misma surtirá efectos no limitados a quienes hubieran sido parte en el mismo. Para MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas*, Valencia, 2019, p. 415, esta regla no determina la extensión subjetiva de la sentencia, que se regula en el 222.3 LEC, sino que hace referencia a la eficacia general de los pronunciamientos declarativos de licitud que pueden repercutir sobre una pluralidad de sujetos que han sido parte en el proceso. En mi opinión, el artículo 221 LEC se limita a establecer los pronunciamientos que debe contener esa sentencia, pero no su eficacia. La previsión del artículo 221.1.2 LEC se hacía en la Ley 1/2000 atención a lo que sería la posterior transposición de la Directiva 98/27/CE –que se llevaría a cabo por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, y de la regulación de estas acciones se hiciese en cuanto al alcance de su pronunciamiento. Si este, por imperativo de las normas de transposición, tuviese un alcance subjetivo *ultra partes* debería ser expresamente señalado en la sentencia. Ahora bien, el propio artículo 221 LEC no regulaba ese alcance –tal eficacia– sino los

artículo 222.3 que, en su redacción original, establecía que “la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”⁴⁹.

El sentido de la norma es claro, si bien fue mutilado por la sentencia del Tribunal Supremo 375/2010, de 17 de abril, que señaló en un supuesto en el que se había ejercitado una acción colectiva al amparo de la legitimación establecida en el artículo 11.2 LEC que “el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción”.

En una primera acción colectiva ejercitada contra una entidad bancaria, se instaba la nulidad de determinadas cláusulas contractuales por su falta de claridad y se instaba la devolución de las cantidades entregadas en un contrato de depósito y el resarcimiento de los daños causados. La acción fue estimada en segunda ins-

puntos sobre los que debía pronunciarse la sentencia. No lo entendió así la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) 375/2010, de 17 de junio, como exponemos a continuación en el texto.

⁴⁹ Para GASCÓN INCHAUSTI, F. *Tutela judicial... cit.*, p. 124, este artículo contenía “una decisión drástica y clara” de extensión de efectos de la sentencia a todos los afectados y no solo a los litigantes concretos. La afirmación es de 2010 y anterior a los pronunciamientos judiciales que, como veremos en el texto, han oscurecido la clara dicción del texto legal. También lo entiende así PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acciones colectivas y acceso a la Justicia” en MONTESINOS (*dir.*) y CATALÁN (*ed.*) *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, p. 194. También MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas... cit.*, p. 369 y 421 y ss. donde apunta que esta eficacia extensiva sólo se produce en supuestos en que las asociaciones actúen en virtud de una legitimación extraordinaria y no en representación de sus asociados; ARMENGOT VILAPLANA, A., “Intervención de consumidores...” *cit.*, p. 253 y *Hacia una reconstrucción... cit.*, p. 145 si bien matiza su postura en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre esta cuestión en “Intervención de consumidores...” *cit.*, p. 261. Para MARTÍN PASTOR, J., “La tutela de los intereses colectivos...” *cit.*, pp. 160-164, en atención a la regulación del art. 15 LEC y diversos pronunciamientos jurisprudenciales, la sentencia dictada en un proceso colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los consumidores o usuarios que no hayan intervenido en el mismo cuando se inste una tutela resarcitoria si bien ese efecto de cosa juzgada será el efecto negativo o excluyente de cosa juzgada, cuando los consumidores estén determinados, o el positivo o prejudicial, cuando sean indeterminados. *Vid.* también MARTÍN PASTOR, J., *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 68, 93, 95, 123 y 124. Un análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales en ARMENGOT VILAPLANA, A., “La cosa juzgada en las acciones colectivas” en MONTESINOS (*dir.*) y CATALÁN (*ed.*) *La tutela de los derechos e intereses colectivos... cit.*, pp. 253 y ss.

tancia por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de septiembre de 2005 y condenó a la entidad financiera a la devolución de las cantidades reclamadas en favor de los consumidores determinados en la demanda. Posteriormente, la misma asociación de consumidores y usuarios ejercitó la misma acción frente a la misma entidad financiera, de nuevo al amparo de la legitimación conferida por el artículo 11.2 LEC, pero en interés de otros consumidores igualmente afectados. La entidad financiera sostuvo en las distintas instancias que la acción colectiva ya había sido ejercitada anteriormente y quedaba cubierta por la función excluyente de la cosa juzgada.

En mi opinión, las identidades subjetivas de la acción debían ser analizadas no en atención a quién era la asociación que ejercitaba la acción, con legitimación extraordinaria, sino en atención a quiénes eran los consumidores en cuyo interés se ejercitaba la acción. Ahora bien, al tratarse de una acción colectiva, no estaba en mano de la asociación que ejercitaba la acción decidir a qué consumidores alcanzaba su pretensión, sino que la misma debía abarcar a todos los afectados por la actuación del demandado, de modo que sobre la asociación demandante pesaba la carga de su identificación o determinación. Si los consumidores eran fácilmente determinables, debió procederse a tal determinación. La acción como colectiva extendía su eficacia a todos los afectados. La justificación de la existencia de una acción colectiva se encuentra en evitar la reiteración de pronunciamientos para cada afectado. Se construye para facilitar un pronunciamiento único en favor de todos los afectados que, si son fácilmente determinables, deberán haber sido previamente determinados, en la forma establecida en el artículo 15 LEC. No cabe un segundo pronunciamiento, cualquiera que sea la asociación de consumidores que lo ejercite, frente a la misma entidad, por la misma infracción respecto a afectados que ya presentaban tal carácter al iniciarse el primer proceso. La cuestión ya había quedado zanjada para todos los afectados hasta ese momento. Pero el Tribunal Supremo entendió que no cabía apreciar la existencia de cosa juzgada, por cuanto que la primera acción sólo se había ejercitado en interés de algunos –casi todos, pero no todos– afectados. La asociación no había llevado a cabo una completa determinación de todos los perjudicados por lo que ejercitó una segunda acción en interés de los damnificados a los que no había alcanzado la restitución y reparación concedidas en virtud de la acción que se ejercitó en primer lugar.

Para enmendar la plana a la falta de diligencia de la asociación de consumidores, el Tribunal Supremo encontró apoyo en la previsión del artículo 221.2 LEC y en la circunstancia de que las acciones de reclamación de cantidad aparecían acumuladas a una acción de cesación. Cabría entender que esta doctrina

de limitación de los efectos de la acción colectiva sólo se produciría en aquellos casos en que el presupuesto de la acción fuera la declaración de ilicitud de una conducta en el seno de una acción de cesación, pero los pronunciamientos del Tribunal Supremo tienen una enérgica eficacia conformadora del modo de entender el Derecho y esta sentencia introdujo un criterio constante –así fue confirmado de forma destacada por la STS 123/2017, de 24 de febrero– en el Tribunal Supremo en la determinación del alcance de las acciones colectivas ejercitadas al amparo de la legitimación señalada en el artículo 11.2 LEC que mutilaba el alcance que otorgaba el artículo 222.3 LEC y la eficacia que naturalmente se corresponde con una acción colectiva.

Ciertamente, el sistema diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, al exigir la determinación de los consumidores afectados cuando la misma resultara posible, confería a una diligente actuación de las entidades legitimadas un difícil encargo. Debían evitar que algún perjudicado quedase desamparado como consecuencia de la delimitación de los damnificados que, de forma congruente con lo señalado en la demanda, se hiciese en la sentencia. El Tribunal Supremo buscó una solución a los casos en que la actuación de la demandante adoleciese de aquella diligencia exigible, pero fue a costa de cercenar la eficacia propia de la acción colectiva, posibilitando una sucesión de acciones colectivas frente al mismo demandado, de forma contradictoria con la finalidad propia de este tipo de acciones.

2. LA INTRODUCCIÓN DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

En el momento en que se redactó el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, estaba pendiente la transposición de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses colectivos de los consumidores. Según el considerando (2) de la Directiva, por tales intereses colectivos debían entenderse aquellos “intereses que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción”.

El autor del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil decidió no abordar esa transposición, sino que entendió que se debía llevar a cabo por la legislación sectorial en materia de consumo, con mayor motivo cuando en esa legislación sectorial ya se contenía la regulación de alguna acción colectiva de cesación. Conforme a tal criterio, la Ley de Enjuiciamiento Civil fue aprobada sin incluir

una regulación específica de las acciones de cesación para la tutela de consumidores y usuarios⁵⁰.

Preveían ya acciones de cesación la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 25, o la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su artículo 18. También la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, ya previó en su artículo 12 la posibilidad de ejercicio de una acción de cesación dirigida “a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo”. Constituía una característica acción colectiva ejercitada en interés de los consumidores, tanto de los que ya hubiesen contratado con el predisponente, como de los que pudieran hacerlo en el futuro⁵¹.

⁵⁰ No obstante, el autor del proyecto preparó la ulterior transposición mediante la introducción en el artículo 223 del proyecto de LEC de una regla 2ª que contenía la siguiente previsión “si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”.

Este carácter abierto de la regulación de la tutela colectiva en el proyecto de Ley se advierte al leer el siguiente pasaje del apartado VII de su Exposición de Motivos que se mantuvo en la redacción dada a la Ley: “En cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora. Se dispone, en consecuencia, que el tribunal indicará la eficacia que corresponde a la sentencia según su contenido y conforme a la tutela otorgada por la vigente ley sustantiva protectora de los derechos e intereses en juego. De este modo, la Ley no provee instrumentos procesales estrictamente circunscritos a las previsiones actuales de protección colectiva de los consumidores y usuarios, sino que queda abierta a las modificaciones y cambios que en las leyes sustantivas puedan producirse respecto de dicha protección”.

El tenor de este artículo sólo tenía sentido en relación con el artículo 9 del mismo proyecto de Ley que se limitaba a establecer que “las asociaciones de consumidores y usuarios y otras entidades legalmente constituidas para la defensa de los derechos e intereses de aquellos, estarán legitimadas para defender dichos derechos e intereses conforme a las leyes que regulan su protección”. Lo señalado en el artículo 9, que no prejuzgaba la extensión de la eficacia de la sentencia, se modificó por el artículo 11 LEC que introducía una fórmula de legitimación a grupos, asociaciones y entidades, que no partía de la tutela de un interés colectivo, sino de un supuesto de acumulación de las acciones individuales de los consumidores damnificados por un mismo hecho dañoso, como hemos visto anteriormente en el epígrafe III.1.

Sin embargo, el artículo 223 del proyecto mantuvo su redacción bajo una nueva numeración como artículo 221 LEC, si bien se sustituyó la referencia al artículo 9, por una referencia al artículo 11 LEC, que ahora regulaba una realidad distinta al supuesto de hecho previsto en el artículo 9 del proyecto de Ley.

⁵¹ Como señala PORTELLANO DÍEZ, P., comentario al art. 12 en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO, L. (dir.) con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones*

La transposición de la Directiva 98/27/CE se llevaría a cabo por medio de la Ley 39/2002, de 28 de octubre. Se introdujeron previsiones específicas, en relación con el ejercicio de la acción de cesación en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵² y en la legislación sectorial en materia de consumo. El sistema hubiera resultado aceptablemente coherente de no ser por la introducción de una nueva disposición adicional tercera en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En ella se generalizaba la acción de cesación y permitía su ejercicio frente a cualquier conducta que lesionase los derechos e intereses de los consumidores. Llamativamente, en esa disposición se establecía que la legitimación para el ejercicio de esas acciones de cesación se regiría por lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC.

En estos apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC el legislador del año dos mil había establecido reglas de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas encaminadas a la reparación de los perjuicios causados por un hecho dañoso a consumidores y usuarios. La previsión resultaba llamativa, como acabamos de señalar, porque tales apartados variaban las reglas de legitimación en función de que los afectados resultasen de fácil o difícil determinación y, en el caso de la acción de cesación, dado que su eficacia se proyecta hacia el futuro, se hacía necesariamente indeterminado el grupo de sujetos que de ella se beneficiarían. Por más que fuera posible una determinación actual de los sujetos afectados, dada la permeabilidad en la composición de esos grupos de consumidores y usuarios en los ámbitos jurídicos en los que la acción de cesación puede ejercitarse, la determinación de los miembros nunca sería definitiva. La prohibición de una publicidad ilícita o de la utilización de una cláusula por resultar abusiva no redundaba solo en beneficio de los consumidores que ya han contratado con el infractor o predisponente, sino en beneficio de los que pudieran hacerlo en el futuro.

No lo entendió así el Tribunal Supremo en su sentencia 861/2010, de 29 de diciembre, al señalar que “por mucho que pueda trascender –indirectamente– al mercado, lo cierto es que los consumidores o usuarios interesados son fácilmente

generales de la contratación. Madrid, 2002, p. 568, las acciones colectivas del artículo 12 CGC “no surgen de la lesión de un derecho material propio de los demandantes. Emergen ante el ataque o puesta en peligro del objetivo legal de mantener un tráfico limpio de condiciones generales abusivas”.

⁵² En el ordinal 8º del apartado 1 del art. 6, en el apartado 4 del art. 11, en el apartado 4 del artículo 15, en un nuevo punto 16º en el apartado 1 del art. 52, en el apartado 2 del art. 221, en los puntos 4º y 5º del apart. 1 del art. 249, en el punto 12º del apartado 1 del art. 250, en el ar. 711 y en el apartado 3 del art. 728.

determinables”. El pronunciamiento se ajustaba, por una parte, a las previsiones normativas –concretamente el artículo 11.2 LEC– que expresamente admitían la posibilidad del ejercicio de acciones de cesación cuando los afectados –de forma actual– fuesen fácilmente determinables y, por otra, a la circunstancia de que, en el concreto supuesto que la sentencia resolvía, a la acción de cesación se había acumulado una pretensión de nulidad y de restitución que sólo resultaban procedente respecto de los consumidores afectados de modo actual por la utilización de las cláusulas que se reputaban abusivas. La afirmación del Tribunal Supremo, en el contexto de las acciones ejercitadas y la regulación normativa aplicable, resulta comprensible. La consideración que hacemos de la acción de cesación como una acción que siempre beneficia a un grupo indeterminado de consumidores nos parece, igualmente, inobjetable.

A) ACCIONES DE CESACIÓN INDIVIDUALES Y COLECTIVAS: LA COMÚN TRASCENDENCIA SUPRAINDIVIDUAL DE LA CON- DENA INHIBITORIA Y LOS ELEMENTOS DIFERENCIADORES

El ejercicio de una acción individual con una pretensión inhibitoria puede tener una trascendencia supraindividual sobre un conjunto indeterminado y permeable de sujetos –piénsese en el ejercicio de una acción de cesación frente a actividades contaminantes y al amparo del artículo 590 CC–. Ciertamente, la sentencia no extenderá sus efectos de cosa juzgada más allá de los sujetos que sean parte en el proceso, pero tal sentencia, de ser estimatoria, no dejará de tener incidencia sobre todos los sujetos que estuvieran experimentando las consecuencias de la actividad contaminante de forma pareja al actor beneficiado por el pronunciamiento estimatorio. Esta eficacia supraindividual no determina el carácter colectivo de la acción ejercitada. Repárese también en que su deseestimación no impedirá que otros afectados por la misma actividad contaminante pueden formular igual pretensión. Quien ejercitó la acción en primer lugar y, por falta de fundamento o de pericia, la vio deseestimada, no representaba ni actuaba en nombre de otros afectados por la misma actividad contaminante y carecía de legitimación para actuar por ellos.

Puede el legislador considerar inconveniente que un goteo de pretensiones someta a un determinado sujeto a la necesidad de defenderse de una reiteración de acciones de contenido semejante. Piénsese en los casos en que una empresa haya realizado una campaña de publicidad que se repute ilícita por algunos consumidores. Cualquiera de ellos tiene legitimación para el ejercicio de una acción de cesación por publicidad ilícita (artículo 33.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, en relación con su artículo 32.1.2ª). Tal acción, de ser

estimada, tendrá una indudable trascendencia supraindividual, pero no se ejercita como acción colectiva, porque tal ejercicio queda reservado a las entidades señaladas en el artículo 33.3 de la Ley de competencia desleal. Su desestimación no impedirá el ejercicio de nuevas acciones con pretensiones de cesación por otros sujetos a quienes el anterior pronunciamiento no puede afectar en atención a los límites subjetivos de la cosa juzgada (art. 222 LEC). Cuando la pretensión inhibitoria se formula en el seno de una acción colectiva, tanto su estimación como su desestimación tendrán ya no solo una trascendencia supraindividual sino una directa eficacia supraindividual. Es decir, de estimarse el cese de la publicidad ilícita, deberá hacerse efectiva la sentencia en términos parecidos a como se hubiese producido de estimarse una acción individual. Ahora bien, de desestimarse la acción –también en caso de estimarse, pero lo relevante son las consecuencias de la desestimación–, todos los miembros de la colectividad en cuyo interés se interpuso la acción quedarán vinculados por el contenido de la sentencia. Carecería de sentido una posterior acción individual o colectiva que insistiese en el carácter ilícito de la misma actividad publicitaria.

La acción de cesación, en materia de condiciones generales de la contratación, contiene una pretensión inhibitoria por la que se solicita del predisponente que se abstenga de utilizar condiciones generales de la contratación que se reputan ilícitas. La desestimación de la acción impedirá una nueva acción de cesación en la que se formule igual pretensión, sin que queda aducir que la circunstancia de haber contratado con nuevos consumidores hubiera podido alterar los límites subjetivos de la cosa juzgada. La acción de cesación ejercitada como colectiva lo es en interés de los consumidores, entendido este grupo como una colectividad permeable. Por más que pueda determinarse, en el momento de ejercicio de la acción de cesación, quiénes son los consumidores que contrataron con el predisponente de la cláusula que se reputa ilícita, la desestimación tendrá eficacia supraindividual tanto sobre los consumidores que ya han contratado con el predisponente, como sobre los que pudieran hacerlo en el futuro.

Las acciones colectivas de cesación no comportan una colectivización de la tutela que podría proporcionar una acción individual de cesación. Cuando se configura una acción de cesación como individual se permite una actuación individual para lograr la tutela de una situación que, sin duda, afecta a la propia esfera patrimonial o de intereses al sujeto que actúa, pero que también tiene un relieve colectivo. Por ese motivo, no es posible tutelar el interés individual –la repercusión que la tutela inhibitoria tiene en la esfera patrimonial o de intereses del sujeto que actúa– sin que esa tutela tenga trascendencia supraindividual. La situación jurídica tutelada es individual pero tiene siempre y necesariamente repercusión

materialmente colectiva. No obstante, resulta pertinente la exclusión de la posibilidad de que el sujeto individual pueda promover una tutela colectiva por cuanto que una inadecuada llevanza del proceso tendría repercusión formalmente colectiva. Sólo procede la tutela formalmente colectiva cuando el ejercicio de la acción se lleve a cabo por quien tenga una adecuada capacidad para asumir la promoción y la conducción del proceso, en definitiva, para la adopción de decisiones y el desarrollo de estrategias que es arriesgado confiar a cualquier sujeto sobre la simple apreciación de que es un sujeto afectado por el comportamiento que se considera antijurídico. Como hemos señalado, la desestimación de la acción –si fue interpuesta como colectiva– comportará la imposibilidad de que vuelva a ser interpuesta. Por esta misma consideración, en muchos casos, la acción de cesación sólo se admite con carácter colectivo, excluyéndose la posibilidad de una acción de cesación individual.

Cuando la acción colectiva tutela un interés propiamente colectivo y no individualizable con carácter exclusivo en particulares sujetos, la justificación de la legitimación no se hace descansar en el riesgo de que los particulares no ejerciten las acciones que les corresponden, sino de determinar quién o qué entidad está en mejores condiciones para ejercitar una acción de titularidad colectiva. En estos casos, el interés individual es efecto reflejo de la pertenencia del sujeto al grupo, titular directo de un interés que es de naturaleza verdaderamente colectiva. La resolución de la cuestión litigiosa se produce de forma única y con consecuencias uniformes y no divisibles en todos los afectados, sin que ninguno de ellos pueda asumir la representación y defensa de un interés que no es exclusivo en cada individuo, sino común en el conjunto de los afectados.

Adviértase que las acciones colectivas de cesación ocupan el lugar que anteriormente correspondía a las actuaciones administrativas de policía de mercado con una finalidad de protección de su buen funcionamiento en interés de los consumidores. La consideración de que es mucho más efectivo el control del mercado si se introducen instrumentos jurídico privados que desplazan o resulten redundantes con la actuación administrativa, ha determinado la introducción de las acciones de cesación. Estas se configuran como un mecanismo de *private enforcement*, de actuación del ordenamiento jurídico aun en aquellos casos en que la actuación no ajustada a Derecho no se ha traducido en un daño actual a los consumidores⁵³. Mediante la acción de cesación se lleva a cabo un control

⁵³ De forma coherente con este planteamiento, la Directiva (UE) 2020/1828 de acciones de representación señala expresamente en su art. 8.3.a) que para el ejercicio de la acción de cesación –con

abstracto, al margen de las concretas consecuencias que haya supuesto la práctica cuya cesación se solicita. Esta forma de control resulta congruente con las características del objeto de este tipo de acciones colectivas.

Pueden calificarse estas acciones como colectivas en un sentido propio y eminente, pues la pretensión colectiva no responde a una colectivización de acciones individuales, a la concurrencia de intereses individuales, sino que busca la satisfacción de un interés verdaderamente colectivo, *ab origine*, y no por la conveniencia de alcanzar un pronunciamiento único. La decisión del interés eminentemente colectivo por más que redunde en la situación jurídica de una pluralidad indeterminada de sujetos, lo hace no mediante una multiplicación y reiteración de su eficacia respecto de cada afectado, sino de forma única, uniforme y no individualizada. No cabe una limitación de la eficacia de la resolución a determinados sujetos, ni inicial ni en razón de su autoexclusión, pues privaría de consistencia a un pronunciamiento que sólo puede ser único en relación con todos aquellos que participan del mismo interés colectivo⁵⁴.

Cuando la acción es eminentemente colectiva, no se presenta como una acción redundante a la que correspondería a cada miembro del grupo para la tutela de su interés igualmente particular. No persigue conjurar el riesgo de que algunos miembros del grupo no actúen la acción que pudiera corresponderles para tutelar su derecho exclusivo, porque el interés que se tutela es constitutivamente común y solo de modo reflejo, como consecuencia de la pertenencia del sujeto al grupo, repercute indudablemente en cada miembro del mismo.

El ejercicio de toda acción colectiva comporta un proceso especialmente complejo por lo que resulta muy arriesgado hacer de la acción colectiva una acción pública o una acción a disposición de cualquier particular afectado de forma directa o refleja, aunque tal posibilidad no repugna a la noción de acción colectiva. En todo caso, nos parece más oportuno que también para el ejercicio de una acción eminentemente colectiva se cuente con una solvencia jurídica y

carácter colectivo— no podrá exigirse la acreditación de “pérdida, daño o perjuicio efectivo de los consumidores considerados individualmente que se vean afectados”

⁵⁴ Los parágrafos (1) y (2) de la regla 23 (b) de las *Federal Rules of Civil Procedure* configuran supuestos de *mandatory class actions*, en los que no se admite la desvinculación de los miembros del grupo en cuyo interés se ejercita la acción colectiva por cuanto el pronunciamiento ha de ser necesariamente común y único para todos ellos. Para un análisis de este tipo de acciones colectivas, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actios en los Estados Unidos de América*, Granada 2011, pp. 65 y ss.

económica suficientes para la llevanza de la acción, precisamente por el alcance que tendrá la sentencia.

Hemos visto como, en nuestro ordenamiento, se admiten acciones de cesación individuales –en materia de publicidad ilícita, al amparo del artículo 33.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, en relación con su artículo 32.1.2–, cuya estimación tendrá una repercusión supraindividual indudable, pero de carácter fáctico, material. Su estimación, en la medida en que determinan una efectiva cesación de la conducta que se considera ilícita –piénsese en la cesación de una campaña de publicidad ilícita por el ejercicio de una acción individual– determina la desaparición del interés que pudiera justificar el ejercicio de la acción colectiva. Ahora bien, la desestimación de la acción individual de cesación –como hemos señalado anteriormente– no puede excluir el ejercicio de una acción colectiva de cesación, por cuanto que formalmente, la acción individual de cesación no tiene una eficacia supraindividual⁵⁵, por más que pueda tener una trascendencia fáctica supraindividual.

Lo habitual es que las acciones de cesación encaminadas a garantizar una actuación privada de intereses propiamente colectivos sólo se admitan como acciones colectivas, confiriéndose legitimación a aquellos sujetos o entidades que reúnen una adecuada representatividad de los intereses que tutelan y no a cualquier miembro de la colectividad afectada, porque como hemos señalado, no se trata de reforzar con esta legitimación la que corresponde a los particulares para tutelar su propio interés, sino de garantizar un tratamiento uniforme. Esta realidad puede quedar distorsionada en los ámbitos donde concurren acciones individuales y colectivas de cesación, pero se advierte de forma nítida en aquellos otros en los que sólo se admite el ejercicio de acciones de cesación como acciones eminentemente colectivas. En materia de cláusulas abusivas de la contratación, puede ejercitarse una acción individual de nulidad de una cláusula que

⁵⁵ Disculparé al lector en que insista, al menos en pie de página, en esta idea: el caso de la acción colectiva no cabe afirmar que su eficacia supraindividual sea puramente fáctica, en tanto que el cese en la conducta tiene aquella repercusión de forma necesaria y material, no formal. De entenderse que la eficacia es fáctica, la sentencia absolutoria no tendría eficacia extensiva alguna y de ser así, tal acción no sería una verdadera acción colectiva. La calificación de una acción como colectiva reclama la vinculación de todos los miembros de la colectividad a lo decidido, tanto si lo decidido es la estimación de la acción colectiva, como su desestimación. El pronunciamiento es formalmente colectivo. Por lo tanto, hay una directa eficacia jurídica de la sentencia sobre todos los miembros de la colectividad y no una mera trascendencia supraindividual de carácter fáctico-material. Sobre estas ideas *vid.* mi trabajo “Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas...” *cit.*, pp. 1884 y ss.

se reputa abusiva, pero no puede instarse con una acción individual la cesación en la utilización de las cláusulas que se reputen abusivas. La acción de cesación es necesariamente colectiva. La legitimación representativa otorgada a determinadas entidades y asociaciones para el ejercicio de estas acciones eminentemente colectivas no supone –como acabo de señalar y no tengoreparo en reiterar– un refuerzo de la legitimación individual para obtener la actuación del ordenamiento jurídico, sino un desplazamiento de la legitimación de los sujetos particulares a una entidad que representan adecuadamente los intereses del grupo.

B) LA POSIBILIDAD DE ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DECLARATIVAS Y DE CONDENA A LA ACCIÓN DE CESACIÓN

La acción de cesación, en tanto colectiva, convierte la característica trascendencia supraindividual de la cesación en verdadera eficacia supraindividual. Tal eficacia lo es de una condena inhibitoria. Ahora bien, ese pronunciamiento comporta una valoración de la conducta del demandado como antijurídica. Debemos preguntarnos, si cabe predicar igual eficacia supraindividual respecto de esa valoración del comportamiento del demandado que ha sido condenado a cesar en tal comportamiento. La cuestión alcanza mayor interés cuando la acción de cesación se ejercita en relación con la utilización de una cláusula abusiva que se considera nula.

En el ámbito de las condiciones generales de la contratación, el artículo 12 LCGC al regular las acciones colectivas, en su capítulo IV, sólo alude a las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. En modo alguno se alude a una acción colectiva de nulidad. La acción de nulidad es mencionada por el artículo 9 LCGC junto con la de declaración de no incorporación y ambas son configuradas como acciones individuales. Ciertamente, la acción de cesación comporta una condena inhibitoria –de no hacer, de dejar de utilizar las cláusulas lesivas para los consumidores– y también una condena de hacer, de eliminación de “las que reputen nulas”. Pero ningún precepto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación da pie a admitir una declaración expresa de nulidad.

Lo cierto es que en la doctrina se ha venido considerando que, en la condena a cesar en la utilización de una cláusula, se encuentra implícito un pronunciamiento de nulidad, toda vez que el artículo 12 LCGC señala en su apartado 2 que “la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas”⁵⁶.

⁵⁶ Para BARONA VILAR, S., comentario al artículo 12, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord), *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Elcano, 1999, p. 448, “se ejercita de manera acumulada siempre dos pretensiones: una merodeclarativa de declaración de nulidad de las cláusulas consideradas como condición general, y otra, la de cesación, de manera que

la primera es el «prius lógico» que debe estimarse para que la cesación pueda acogerse también en la sentencia condenatoria”. Para PORTELLANO DIEZ, P., comentario al art. 12, en *Comentarios... cit.*, p. 588 “Lo que caracteriza la acción colectiva de cesación –esto es, la acción inhibitoria– es precisamente que *puede declararse* la nulidad de una serie de cláusulas incorporadas o susceptibles de incorporarse a una pluralidad de contratos, sin necesidad de la previa interposición de la acción individual de nulidad” (la cursiva es nuestra). Parece dar a entender que la declaración de nulidad se produce necesariamente con la condena a cesar, salvo que la estimación de la acción se haya producido por el incumplimiento de los requisitos para la incorporación de la cláusula (*op. cit.*, p. 590).

En la redacción originaria del artículo 12 LCGC se señalaba que “declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia”.

La declaración de nulidad expresa no se producía en ningún momento, aunque resultaba implícita, porque la cesación comportaba la eliminación de las condiciones que, por abusivas, se reputaban nulas. Una vez producida la condena a la cesación, en razón del carácter nulo de las cláusulas, el actor podía solicitar la devolución de lo indebidamente cobrado y la indemnización de los daños y perjuicios. Ningún inconveniente había para acumular, eventualmente, tal solicitud a la de condena del demandado a cesar en la utilización de las cláusulas, pero el legislador señalaba que la determinación y exacción de tales cantidades debía hacerse en ejecución de sentencia y sólo en el caso de que no se aviniese a tal solicitud quien hubiera resultado condenado.

Evidentemente, la reclamación tanto de lo cobrado indebidamente como de los daños y perjuicios comportaban un tratamiento colectivizado de los derechos de quienes ya hubiesen contratado con el predisponente y resultaba adecuado que se llevase a cabo al margen del proceso en que se había conocido de la acción de cesación que, si bien podía contener un pronunciamiento de condena a satisfacer tales cantidades en ejecución de sentencia, dado el tenor del artículo 12 LCGC, solo podía articularse como una petición procedente una vez dictada sentencia de condena a cesar en la utilización de las cláusulas que se reputaban nulas. Para una crítica a esta regulación, BARÓN DE BENITO, J. L. *Ley sobre condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*. Madrid, 1998, pp. 90 y ss. que consideraba “difícil concebir cómo las entidades y organismos a los que se refiere el artículo 16, únicas legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas, puedan solicitar la devolución de cantidad alguna respecto de contratos en los que no hayan sido parte”. PORTELLANO DIEZ, P. en su comentario al art. 12, en *Comentarios... cit.*, p. 601, señaló que la legitimación para instar la restitución correspondía a cualquier concreto adherente, en modo alguno las entidades legitimadas para la interposición de las acciones colectivas. En sentido contrario, BARONA VILAR, S., comentario al artículo 12, en *Comentarios... cit.* p. 474 entendía que el precepto daba cabida a una reclamación colectiva pecuniaria.

Este régimen chocaba con el que venía a introducir la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año dos mil, cuyo artículo 219.3 LEC sentaba un principio y regla según el cual “no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución”. Aunque admitía la posibilidad de una condena ilíquida, su liquidación debía realizarse en un posterior declarativo. Este criterio exigía la modificación del artículo 12 LCGC.

Una posibilidad hubiera sido mantener la acción de cesación como una acción colectiva para instar el cese en la utilización de una cláusula que se reputaba nula y remitir a un posterior decla-

Y, además, el mismo artículo añade que la sentencia deberá determinar “cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz”.

a) La posibilidad de un pronunciamiento abstracto de nulidad (STS 241/2013, de 9 de mayo)

En el caso resuelto por la conocida sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013, la asociación de consumidores AUSBANK ejercitó una acción en la que se interesó expresamente la declaración de nulidad de determinadas cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio (las denominadas comúnmente cláusulas «suelo») de los contratos de préstamo hipotecario de varias entidades bancarias, la condena a su eliminación de las condiciones generales de la contratación utilizadas por esas entidades, así como la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La declaración de nulidad se solicitaba como un pronunciamiento accesorio al de cesación, lo que vendría reforzado por la posibilidad de instar la restitución e indemnización de daños.

La consideración de la cláusula como nula, en la letra de la ley, no deja de ser una cuestión prejudicial, sobre la cual no se parece que quepa un expreso pronunciamiento: tal pronunciamiento debe partir de la ilicitud de la cláusula tal y como se encuentra redactada y en relación con el resto del clausulado general, pero también de las concretas circunstancias de cada consumidor, y sobre éstas, no parece que pueda pronunciarse el tribunal. El pronunciamiento de condena a cesar en la utilización de la cláusula tiene una eficacia colectiva. Los intereses de cada consumidor en obtener la restitución de lo indebidamente pagado, la indemnización de los daños e incluso el reconocimiento expreso de la nulidad de parte del clausulado de su contrato, constituyen una pretensión individual, porque es necesario determinar las circunstancias concretas en que se ha producido una lesión, la extensión del daño que ha de ser indemnizado en cada consumidor e incluso determinar si, respecto de un concreto consumidor, la cláusula se había

rativo el ejercicio colectivizado de las reclamaciones de devolución del cobro de lo indebido y de los daños y perjuicios.

En los apartados 1 a 3 de la disposición final 6.1 a 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, sin embargo, se optó por permitir la acumulación de las acciones de restitución e indemnización objeto de un tratamiento colectivizado a la acción de cesación. BARONA VILAR, S., comentario al artículo 12, en *Comentarios... cit.*, p. 477, señala que “no se trata, naturalmente, de una indemnización colectiva, carente de fundamento, sino de una petición colectiva de indemnizaciones individuales”.

negociado individualmente. La declaración de nulidad o ilicitud de una cláusula, por abusiva, comporta la afirmación de que la misma, integrada en el contrato, no puede vincular al adherente, salvo, claro está, que haya otras estipulaciones contractuales que determinen la falta de abusividad.

En todo caso, la cláusula no opera sino en cada contrato y en razón de las declaraciones de voluntad emitidas, de modo que constituye un elemento que integra tales declaraciones de voluntad. Su eficacia nace con el contrato. El principio de relatividad de los contratos, del artículo 1257 CC., determina que la eficacia de la cláusula general se produce entre el predisponente y el adherente que han perfeccionado un contrato que se integra con ese clausulado general, pero mientras dicho contrato no se haya perfeccionado, ningún vigor cabe reconocer a la cláusula⁵⁷.

No obstante debe advertirse una cierta tendencia en el Tribunal Supremo por asimilar las condiciones generales de la contratación a una verdadera regulación de carácter general, como se advierte, por ejemplo, en el apartado 299 de los Fundamentos Jurídicos de la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, que intenta superar los límites subjetivos de la sentencia civil, con la invocación de los precedentes existentes en el ámbito contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general.

Si retomamos el hilo argumental seguido en la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, el Alto Tribunal advirtió la imposibilidad de realizar una valoración concreta de cada relación particular en el apartado 162 de sus Fundamentos de Derecho: “cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación

⁵⁷ En la doctrina mercantil, GARRIGUES había defendido el carácter de fuente del derecho de las condiciones generales como usos mercantiles normativos. Por el contrario, para DE CASTRO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” en *Anuario de Derecho Civil*, 1961, nº 2, p. 311, las condiciones generales de la contratación alcanzan como mucho el carácter de usos interpretativos, excluyéndose su aplicación si los consumidores alegan desconocerlas o no haberlas consentido. Evidentemente el consentimiento otorgado a una cláusula abusiva no la convalida, en la medida en que la situación de necesidad en el mercado le obliga a contratar, sin que exista verdaderamente la libertad que es fundamento de la autonomía de la voluntad, *cf.* DE CASTRO, F. Las condiciones... cit., p. 322 y “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, nº 4, p. 1077. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez PICAZO, L. (*dir.*) con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (*coord.*), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, 2002, p. 82 señala que “la gran mayoría de la doctrina considera que las condiciones predisuestas vinculan porque han sido aceptadas por el adherente, de forma que, en principio, nada las diferencia de cualesquiera otras cláusulas contractuales”.

directa del artículo 82.2 TRLCU –ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general–”, por lo que es suficiente para su valoración la demostración de que “se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada”⁵⁸.

La valoración del desequilibrio en perjuicio del consumidor⁵⁹ debía hacerse atendiendo al momento en que se suscribió el contrato, diverso en cada consumidor, y las circunstancias concurrentes en su celebración (apartado 235), pero la sentencia advirtió, en su apartado 238 que “estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextosa tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente”.

En definitiva, la sentencia concluía que tratándose de una acción colectiva de cesación en la que no cabe una valoración de las “infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta” (*sic.*) lo procedente era un “control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta” (apartado 246)⁶⁰.

⁵⁸ Añade la sentencia que “la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente”.

⁵⁹ Es sabido que la sentencia descartó la posibilidad de controlar el carácter abusivo de las cláusulas denunciadas, en cuanto que las mismas afectaban al objeto principal del contrato (apartados 192 y 196 de los Fundamentos de Derecho) pero la misma sentencia admitió que podían ser controladas desde el punto de vista de su transparencia (apartado 197). Esta falta de transparencia no suponía de forma necesaria un desequilibrio en perjuicio del consumidor, sino que sólo habilitaba el control de abusividad, aun cuando fueran descriptivas del objeto principal del contrato (apartado 229). Efectivamente, de resultar claras y transparentes, no cabía suplantar la autonomía de las partes en la voluntad de contratar sobre un determinado objeto. En tales casos el control de abusividad sólo podría realizarse sobre cláusulas accesorias de carácter general. En cambio, la falta de transparencia y claridad en la definición del objeto del contrato exigía comprobar si se había producido en relación con las condiciones esenciales del contrato una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor (apartado 249).

⁶⁰ En la doctrina esta terminología –«control abstracto»– se ha sugerido para indicar que esta acción “instaura [...] la posibilidad de control de condiciones generales con carácter general –no vinculado a un contrato concreto– y, en su caso, previo –esto es, con independencia de que esas condiciones se hayan incorporado a un concreto contrato”, PORTELLANO DÍEZ, P., comentario al

El control abstracto no se llevaba a cabo sobre la esfera subjetiva de los contratantes, sino sobre “el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compete en el mercado” (apartado 253) y concluía el Tribunal Supremo que la forma en que estaban establecidas las cláusulas suelo “dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito” de modo que se “convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza” (apartado 264). Es decir, cabía apreciar la existencia de desequilibrio en perjuicio del consumidor.

Tratándose de una acción individual de nulidad, el artículo 9.2 LCGC admite la nulidad parcial cuando, a pesar de la existencia de condiciones ilícitas, el contrato pudiera subsistir. La sentencia se planteó si tal nulidad parcial podía acordarse cuando se trata de una acción de cesación y advirtió en su apartado 267 que tal posibilidad se recoge de forma implícita en el propio tenor literal del artículo 12 LCGC⁶¹. Sobre esa base, señaló que si bien, la fijación del interés del préstamo constituía un objeto principal del contrato, no era un elemento esencial (apartado 274), por lo que entendió procedente la subsistencia de los contratos.

La sentencia, sobre la base de un control abstracto, acordó condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas impugnadas en la forma y modo en la que se utilizaban, a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizaban, declarando la subsistencia de los contratos para las partes, en los mismos términos sin las cláusulas abusivas (apartado 276).

En conclusión, el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de realizar un expreso pronunciamiento sobre la nulidad de una cláusula general de la contratación sobre la base de un control abstracto (apartados 234, 246). Sin embargo, también afirmó el carácter no retroactivo de la nulidad de la cláusula⁶², lo que

art. 12, en *Comentarios...* cit., p. 568

⁶¹ “Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que “[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz”

⁶² Como es sabido la STJUE de 21 de diciembre de 2016, declaró no ajustado al derecho de la Unión tal irretroactividad. Para un comentario sobre esta sentencia, *cf.* CAÑIZARES LASO, A. “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo, STJUE de 21 de diciembre de 2016” en *Revista de Derecho Civil*, vol. III, no 4, 2016 y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. “Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016” en *InDret*, nº 1, 2023.

comportaba que su pronunciamiento no tenía tal carácter abstracto, sino que la nulidad se modulaba en su concreta incidencia en cada consumidor, aunque tal modulación se hiciese con un carácter pretendidamente general.

b) El alcance de la declaración de nulidad de carácter abstracto (STS 139/2015 de 25 de marzo)

Si es claro que el pronunciamiento relativo a la cesación debe desplegar su eficacia sobre todos los consumidores, no sólo los que habían contratado con las entidades bancarias demandadas, sino los que lo hicieran en el futuro con esas entidades –por el carácter preventivo y proyectado al futuro de la acción de cesación–, resulta más difícil determinar la vinculación de los consumidores a las declaraciones realizadas sobre la ilicitud de la cláusula y los términos en que se pudiera mantener la subsistencia del contrato.

La eficacia de cosa juzgada de la sentencia que resuelve una acción colectiva resulta claro que excluirá cualquier otro proceso posterior en el que se resolviese sobre idéntica acción colectiva⁶³, si bien, en este caso, la identidad de los sujetos vendrá determinada por su relación con el interés colectivo que la acción tutela⁶⁴. Para poder afirmar la identidad de acciones y por lo tanto la exclusión de una posterior acción sobre idéntico objeto deben darse una coincidencia en los tres elementos identificadores de la acción: los sujetos entre los que se entabla, lo que se pide y la razón jurídica por la que se insta la tutela. En el caso de una acción eminentemente colectiva, como la de cesación, el carácter permeable de los miembros del grupo exige que la identidad de la acción no se fije en razón de los concretos sujetos que en un determinado momento integraban el grupo de consumidores en cuyo nombre se identificó la acción; en la medida en que en esta se pedía una cesación, resultarán beneficiarios de la misma los consumidores que en el futuro pudieran contratar con la misma entidad bancaria predisponente condenada a cesar en su utilización. Ahora bien, si se hace un pronunciamiento que declara la nulidad de las cláusulas efectivamente empleadas en un conjunto delimitado de contratos, no nos encontramos ya ante una acción eminentemente colectiva, sino que cabe preguntarse si lleva a cabo una colectivización de pro-

⁶³ ARMENTA DEU, T., “Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español”, en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO, R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, 2014, pp.176-177

⁶⁴ La determinación de las identidades subjetivas en relación con el objeto del proceso de una acción colectiva presenta indudables particularidades. Sobre esta cuestión, *vid. infra* epígrafe III.2.B) subapartados d) y e).

nunciamientos. La respuesta afirmativa parece abonada en cuanto que el alcance de la nulidad incide en los contratos ya perfeccionados. Y en tal caso, surgen dudas sobre la afirmación de que la nulidad declarada en la sentencia lo había sido con un carácter abstracto. Por otra parte, si el efecto natural de la nulidad es la necesaria restitución de las prestaciones realizadas al aplicarla, la declaración de nulidad y su natural efecto restitutorio sería el contenido propio de la medida de cesación y no una medida resarcitoria.

La cuestión no resulta sencilla⁶⁵. Si centramos nuestra atención en las acciones individuales, por una parte, es cierto que, declarada la nulidad, la restitución

⁶⁵ En la doctrina se ha defendido que la restitución tiene su fundamento en la Ley, de modo que la propia declaración de nulidad comporta por sí misma el deber de restituir. CAÑIZARES LASO, A. “Efectos restitutorios... *cit.*, p. 111 quien señala que “la obligación de restituir lo recibido tienen su fundamento en la ley y es consecuencia natural de la declaración de nulidad; por ello no requiere el ejercicio de una acción independiente de la de nulidad”. Sin embargo, en relación con la nulidad de las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, la Sentencia del Tribunal Supremo 1916/2013, de 9 de mayo, afirmó que la restitución “no opera con un automatismo absoluto” (FJ 17º) pudiendo encontrarse pronunciamientos posteriores en los que el Tribunal Supremo considera la pretensión de restitución como resultado de una distinta acción (STS 139/2015, de 25 marzo). No han faltado así autores que han considerado que “la acción relativa a la restitución patrimonial es una acción independiente de aquella [la de nulidad], aunque la declaración de nulidad sea presupuesto de esta”, MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas*, *cit.* p. 304, con cita de jurisprudencia de las Audiencias en apoyo de su postura. Aduce, para sustentar su postura, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad frente al plazo ordinario de prescripción a que se sujeta la restitución patrimonial. En igual sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a, “La condena en costas en el contexto del Derecho comunitario de consumo” en *Revista jurídica sobre consumidores*, número especial, septiembre 2020, p. 54, con apoyo en la STJUE de 16 de julio de 2020 sostiene que «la acción de nulidad de la cláusula funciona como acción principal, no sujeta a plazo de prescripción, mientras que la acción de reclamación de cantidad es autónoma, vinculada a la acción principal, pero sometida a un régimen procesal y material distinto, de modo que puede declararse prescrita la acción de restitución”.

En relación con esta cuestión, debe recordarse que la STJUE de 16 de julio de 2020 señaló que “no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”. En la concreta cuestión prejudicial resuelta por esta sentencia, el TJUE entendió que un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento de celebración del contrato, para formular la reclamación de restitución de una prestación derivada de una cláusula contractual abusiva “puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica”. El pronunciamiento parte, en todo caso, de la posibilidad de establecer un distinto régimen de prescripción para la pretensión de nulidad y la reclamación de restitución, siempre y cuando, la fijación de un plazo para esta última no suponga una vulneración del principio de efectividad en la tutela de los consumidores.

surge con un efecto natural en tanto que para acordar su procedencia no es necesario enjuiciar la concurrencia de ningún hecho determinante de tal consecuencia. El pronunciamiento de nulidad no es, en ese sentido, prejudicial respecto de la procedencia de la restitución, por cuanto que los hechos que han de enjuiciarse para la declaración de nulidad y para acordar la restitución son coincidentes. El pronunciamiento no es prejudicial –previo– sino simultáneo: procede la restitución porque el negocio que parecía justificar el desplazamiento patrimonial nunca fue válido y, por lo tanto, resultó ineficaz. Verificada la nulidad, no es necesario enjuiciar nada más para determinar la procedencia de la restitución. Se entiende así la afirmación conforme a la cual, la petición de restitución de lo que fue objeto del negocio que se pretende que sea declarado nulo no comporta una acumulación de acciones⁶⁶, por más que la declaración de ineficacia parezca tener como consecuencia la procedencia de la restitución. “Parezca tener”, porque la nulidad propiamente no tiene eficacia, sino que se produce un decaimiento de la apariencia de efectos del negocio declarado nulo.

Hay que añadir que la circunstancia de que sea un efecto natural no supone que sea un efecto necesario, sino que queda condicionado a la voluntad del sujeto en cuyo interés resultara procedente la restitución. Nuestro Tribunal Supremo ha admitido que quien ejercite una acción de restitución en razón de la nulidad total o parcial de un contrato puede limitar, al formular su pretensión, la extensión de esa restitución, en ejercicio de su facultad dispositiva: “una cosa es que la restitución de las prestaciones sea un efecto *ex lege* de la declaración de nulidad, como sostiene la sentencia recurrida (art. 1303 CC), y otra que dicho efecto no pueda modularse en función del principio dispositivo. De manera que, si la propia parte solicitante de la nulidad circunscribe su reclamación a un lapso temporal más corto, el tribunal queda vinculado por dicha limitación de los efectos, conforme a los arts. 216 y 218.1” (STS 698/2017 de 21 de diciembre).

En la práctica, lo normal será la formulación de pretensiones de restitución en las que se invocará la nulidad del negocio como una cuestión “prejudicial” –como si fuera algo previo– o en las que, junto a la solicitud de restitución, se pedirá una expresa declaración de nulidad, como si de una acumulación de acciones se tratase. En todo caso, de formularse una mera pretensión de declaración de nulidad, no nos parece que deba considerarse incongruente un pronunciamiento que afirme la procedencia de la restitución, si el demandante, en ejercicio de su facultad de disposición no ha querido limitar o modular el alcance de esa resti-

⁶⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acumulación de acciones... cit.*, p. 16

tución. Ahora bien, en la medida en que esa restitución tuviese por objeto una cantidad dineraria, por más que resultase líquida, la sentencia declarativa de la ineficacia del contrato no constituye un título ejecutivo⁶⁷. Sólo en los casos en que se haya solicitado de forma expresa una condena a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas podrá entenderse constituido el título ejecutivo. Tal pretensión, a la postre, viene a someterse a los requisitos de ejercicio de la acción y su formulación constituye –llámese impropia si se quiere– una acumulación de acciones.

El artículo 12.2 LCGC tras señalar que el contenido propio de la acción de cesación es una condena al predisponente a la eliminación de las condiciones generales que se reputen nulas, añade a continuación que, a esta acción de cesación, podrá acumularse otra acción: la de devolución –restitución– de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones que se han considerado nulas –y también la de los daños y perjuicios causados–. El artículo 53 LGDCU, por su parte, considera las acciones de cesación, nulidad y restitución –también las de anulabilidad, resolución y rescisión contractual– como acciones que admiten su ejercicio colectivo y que pueden en todo caso acumularse. Con este régimen legal, en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, la solicitud de restitución se presenta como una pretensión distinta a la de cesación de modo que el tribunal no podrá condenar a la restitución si no ha sido expresamente solicitado por la parte actora, sin perjuicio de que la sentencia pudiera llegar a afirmar que resultaría procedente esa restitución en virtud de la nulidad de una cláusula general de la contratación en cuya utilización debe cesar el predisponente. Esta última declaración no tendría el carácter de título ejecutivo.

Evidentemente, si a la acción de cesación se acumula no solo una pretensión declarativa del carácter ilícito de la práctica, sino una pretensión de “resarcimiento” de índole colectivo, resulta obligado un pronunciamiento expreso sobre la restitución de las prestaciones derivadas de la cláusula objeto del proceso. Tal acumulación seguramente se producirá cuando la ilicitud de la cláusula tenga una necesaria repercusión homogénea en todos los consumidores afectados y desvinculada del proceso de formación de su voluntad. En estos casos, la existencia de

⁶⁷ En la medida en que esa restitución tuviese por objeto un concreto bien, su efectividad no se logra por medio de una ejecución, pues lo veda el tenor literal del artículo 521.1 LEC. En cambio, la sentencia declarativa de la ineficacia del contrato no constituye un título ejecutivo y, de no haberse pedido en ese primer proceso una condena a la restitución, podría plantearse la necesidad de acudir a un posterior declarativo al amparo de lo señalado en el artículo 219.3 LEC, para obtener el correspondiente título ejecutivo.

una pretensión de resarcimiento comporta que la acción colectiva lleva a cabo una colectivización de las acciones individuales de resarcimiento.

En el caso de cláusulas generales de la contratación, cabe que se haya producido, en la contratación individual, la introducción de otras cláusulas que hubieran completado los aspectos que con carácter general pudieran considerarse abusivos. En este sentido la STS de 9 de mayo de 2013 señaló que la nulidad que declaraba no se extendía a la de todos los contratos, sino que se limitaba “a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”. En su Auto de 6 de noviembre de 2013, aclaratorio de su sentencia de 9 de mayo de 2013 añade: “los efectos de la sentencia se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento y, objetivamente, a las «cláusulas idénticas a las declaradas nulas cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos», lo que obliga a un análisis pormenorizado para valorar, primero, si se trata de cláusulas materialmente idénticas a las que fueron objeto de dicha declaración y, segundo, si en el caso concreto ha existido esa actuación adicional que subsane los motivos que han provocado la declaración de nulidad”. Pero, en todo caso, el carácter abstracto del control parece que excluiría un pronunciamiento que pudiera abarcar las concretas circunstancias de una posterior pretensión de restitución.

Sucede que sobre la base de ese control abstracto el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de realizar un expreso pronunciamiento de nulidad y—como antes hemos señalado— también procedió a limitar las posibilidades de la restitución en el tiempo⁶⁸.

⁶⁸ Para ORTELLS RAMOS, M., “Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas en el proceso civil español. Las normas y su aplicación” en ORTELLS RAMOS y CUCARELLA GALIANA, (coords.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la Justicia civil*, Cizur Menor, 2019, p. 80, esta sentencia constituye un caso paradigmático en el que el pronunciamiento colectivo se proyectó sobre situaciones individuales.

Esta limitación en el tiempo de la «eficacia» de la restitución fue considerada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE 21 de diciembre de 2016 (Cuestión prejudicial C-307/2015 y C 308/2015) por ser contraria a la previsión del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advirtió que el pronunciamiento del Tribunal Supremo no se había limitado a apreciar la existencia de unas cláusulas nulas “en abstracto”, sino que su pronunciamiento había comportado una limitación del deber de restitución que la nulidad comporta.

Resulta llamativo el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo 139/2015 de 25 de marzo, en el que se quiso hacer valer, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en un ulterior proceso en el que se reclamaban las cantidades que quedaban cubiertas por la irretroactividad de la nulidad afirmada en esa sentencia del año 2013. El actor había sostenido que la limitación de la restitución impuesta por la sentencia de 9 de mayo de 2013 no le vinculaba en razón de una eficacia de cosa juzgada, porque en aquel proceso no se reclamó cantidad alguna de modo que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, a diferencia de la acción individual posteriormente ejercitada. La Audiencia Provincial acogió este planteamiento y condenó a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde la fecha de celebración del contrato, con anterioridad, por tanto, al límite del 9 de mayo de 2013, fijado por el Tribunal Supremo. En el recurso extraordinario por infracción procesal, el propio Tribunal Supremo afirmó que “al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula”. Por lo tanto, la sentencia colectiva no desplegaba una directa eficacia vinculante sobre las pretensiones individuales⁶⁹.

En este punto, la doctrina del Tribunal Supremo es confusa. A pesar de esta inexistencia de eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento de carácter abstracto sobre la procedencia de la restitución como consecuencia de la nulidad, el Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 había señalado que: “la finalidad de las acciones de cesación *no impide el examen de los efectos de la nulidad* determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando ellos se han utilizado en el pasado”. La cursiva es nuestra. Esta doctrina es relevante y subsiste. El control pretendidamente

⁶⁹ Aun así, la pretensión del consumidor individual de total retroactividad de la restitución como consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo fue rechazada por el Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación acumulado, “confirmando la doctrina sentada por la sentencia del pleno del 9 mayo 2013, cuya cabal clarificación se ha llevado a cabo en la presente”. Aunque el pronunciamiento de la STS 139/2015 de 25 de marzo, confirma la doctrina de la irretroactividad de la nulidad de las “cláusulas suelo” abusivos, reconoce la inexistencia de una eficacia de cosa juzgada sobre los efectos restitutorios.

abstracto de las cláusulas que se lleva a cabo en una acción colectiva de cesación no excluye que el Tribunal Supremo pueda definir el alcance de la nulidad advertida. El pronunciamiento abstracto puede presentar, así, consecuencias concretas.

c) La vinculación –y desvinculación– de los consumidores a la acción de cesación (STJUE de 14 de abril de 2016)

El alcance del pronunciamiento abstracto de la acción de cesación sobre las acciones individuales de nulidad y restitución de las cantidades indebidamente cobradas viene también condicionado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de abril de 2016, en los asuntos C-381/14 y C-385/14, asuntos Jorge Sales Sinués y Youssouf Drame Ba contra CaixaBank y Catalunya Caixa, que resolvió cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, que conocía de dos acciones de nulidad de las cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio de los contratos de préstamo hipotecario que habían contraído dos consumidores.

En el momento de interposición de estas dos demandas, que se sustanciaban separadamente, ya se había ejercitado por una asociación de consumidores una acción colectiva de cesación del uso de “cláusulas suelo” en contratos de préstamo dirigida contra varias entidades bancarias y, entre ellas, las dos que habían contratado con los consumidores que habían planteado demanda ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona. Estas dos entidades bancarias solicitaron, en cada uno de los procesos en que habían sido demandadas, su suspensión, al amparo del artículo 43 LEC, entendiendo que la sentencia dictada en el proceso colectivo tendría una eficacia prejudicial sobre las acciones individuales⁷⁰. Ahora bien, la literalidad del artículo 43 LEC no impone la suspensión de forma imperativa; parece configurarla como una actuación discrecional en la que el juez deberá ponderar un amplio conjunto de circunstancias⁷¹.

⁷⁰ Los demandados desecharon la posibilidad de oponer la excepción de litispendencia pues sólo es posible ante la identidad de objetos procesales, *cfr.* MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*. Barcelona, 1999, p. 296; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid, 2005, p. 86; REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad en el proceso civil*. Barcelona, 2006, p. 278

⁷¹ REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad... cit.*, p. 296; parece mantener igual opinión ASENCIO MELLADO, J.M., comentario al artículo 43 en GIMENO SENDRA, V. (dir.) y MORENILLA ALLARD, P. (coord), *Proceso Civil Práctico*. 4ª ed. T. I. Las Rozas, 2010, p. 935, al aludir a su aplicación “con la medida necesaria y analizada con la prudencia que exige la necesaria evitación de dilaciones indebidas”; en sentido contrario DE LA OLIVA SANTOS, A., comentario al artículo 43, en DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO, VEGAS, BANCLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 161; DE ANDRÉS HERRERO, M.A., comentario al artículo 43, en MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I. Valencia, 2015, p. 499.

No fue esta la interpretación mantenida por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, al entender que el artículo 43 LEC, al apreciar una situación de prejudicialidad, le obligaba necesariamente a suspender el proceso en el que conocía de la acción individual de nulidad de la cláusula que se reputaba abusiva⁷². Dado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debía partir, en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada, de la interpretación del derecho interno realizada por el tribunal remitente, se obligaba a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores por el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que partiese de la necesaria suspensión del procedimiento en que se conocía de la acción de nulidad individual por la relación de prejudicialidad que mantenía con una acción colectiva previamente interpuesta y pendiente de resolución.

Una primera cuestión que debía analizarse era la relación entre la acción colectiva de cesación –que comporta una declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas– y la acción individual de nulidad. La sentencia de 14 de abril de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se limitó a señalar que “las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes” (considerando 30 de la sentencia)⁷³. No resultaría adecuado entender que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea utilizase los términos «objeto» y «efecto» con el significado jurídico técnico preciso que tiene en el ordenamiento jurídico español. La afirmación, en todo caso, venía a señalar que el enjuiciamiento que se lleva a cabo en una y otro se proyecta sobre realidades distintas y los pronunciamientos a que dan lugar no son parangonables.

⁷² Esta interpretación, sobre la obligatoriedad de la suspensión, no era compartida por la Comisión, ni por el Gobierno español en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como recoge en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Maciej Szpunar: Comisión y Gobierno español coincidían en que tal suspensión tenía un mero carácter facultativo, si bien, el Abogado General también se hace eco de la interpretación y aplicación divergente del artículo 43 por nuestros tribunales (vid. considerandos 30 a 33 y notas 9, 10 y 11).

⁷³ En las conclusiones del Abogado General presentadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de enero de 2016, se señalaba que “la relación existente entre las acciones individuales y las acciones colectivas no ha sido regulada expresamente por el legislador de la Unión”. No obstante, el Abogado General mantiene en sus conclusiones el carácter complementario de la acción colectiva respecto de la acción individual. El Abogado General deduce este carácter complementario de la Directiva 93/13 al apreciar que establece en las acciones colectivas de cesación un control abstracto y general del carácter abusivo de las cláusulas contractuales y no de carácter concreto, como, en cambio, exige la Directiva para las acciones en las que sea parte un consumidor individual (considerando 55 de las conclusiones)

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado establecer las reglas de armonización de los medios procesales que regulan las relaciones entre las acciones colectivas y las acciones individuales previstas por la Directiva 93/13, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad)” (considerando 32 de la sentencia). Desde el punto de vista del principio de equivalencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no manifestó ninguna objeción a la regulación de nuestro ordenamiento jurídico, otra suerte corre la aplicación del principio de efectividad. Para el TJUE resultó decisivo que la apreciación de prejudicialidad condujera a la suspensión del proceso. Si bien la finalidad de evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios podría justificar la suspensión⁷⁴, el TJUE –en su considerando 30–introdujo una relevante condición: “sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores”, lo que llevaba a dar un especial relieve a la vinculación del consumidor al resultado de la acción colectiva, al margen de su participación en el proceso colectivo⁷⁵.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se producía una falta de efectividad por la necesaria suspensión del proceso individual hasta que se resolviese mediante sentencia firme la acción colectiva pues “el consumidor no puede hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13

⁷⁴ En su considerando 30, afirmó que la regulación de “la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias”.

⁷⁵ En este punto, la sentencia es tributaria de los argumentos dados por el Abogado General para defender la lesión del principio de efectividad como consecuencia de la suspensión de la acción individual en razón de la prejudicialidad desplegada por la acción colectiva. Tales argumentos, principalmente los señalados en el considerando 73 de las conclusiones del Abogado General, se fundaban en el diferente fuero de competencia que la acción colectiva comporta frente a la individual, las dificultades de intervención en el plazo previsto en el artículo 15 LEC, la imposibilidad de que el consumidor pueda modificar el objeto o introducir otras pretensiones en el proceso colectivo, la exclusión en el mismo de la posibilidad de renunciar a sus derechos, y, finalmente, el retraso que el proceso colectivo impone en la sustanciación de la acción individual, como consecuencia de la suspensión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea los acoge de forma desordenada, en unos casos como fundamentación directa –concretamente en sus considerandos 37 y 38– y, en otros, de forma reiterativa y a mayor abundamiento –en concreto en el considerando 40–.

desvinculándose de dicha acción colectiva” (considerando 35, la cursiva es nuestra). La imposibilidad de desvinculación era señalada como una razón *a fortiori* en el considerando 40. En definitiva, la suspensión –y el consiguiente retraso– comportaban una merma de la efectividad en la tutela de los derechos de los consumidores que reclamaba un no sometimiento a esa suspensión, de modo que su acción individual de nulidad pudiera ser resuelta en un periodo razonable –y breve– de tiempo, aunque esta solución comportase la existencia de pronunciamientos contradictorios.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo relevante era que el consumidor no podía continuar su acción individual de nulidad, pendiente un proceso colectivo con un objeto sólo parcialmente coincidente, ni intervenir en ese proceso para hacer valer sus derechos e intereses⁷⁶.

Las divergencias interpretativas sobre la aplicación de las normas que, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, hacían referencia a la prejudicialidad y las acciones colectivas determinaban que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debiera pronunciarse sobre cuestiones en las que no había una clara distinción de instituciones. Ante esa tesitura, el fallo de la sentencia parece intentar reafirmar, ante la nebulosa normativa española, la incolumidad de los derechos subjetivos de los consumidores que se garantiza con la rotunda afirmación de que el consumidor siempre ha de poder desvincularse de una acción colectiva sin entrar a distinguir si se trata de una acción colectiva de cesación o de una acción colectiva de carácter resarcitorio.

La exigencia de esta posibilidad de desvinculación distorsiona un pronunciamiento que hubiera resultado más comprensible y equilibrado si se hubiese limitado a admitir la posibilidad de suspensión por prejudicialidad, siempre que no fuera preceptiva y pudiese tomar en consideración su pertinencia desde la perspectiva de la protección del consumidor y la efectividad de los derechos que le reconoce el Derecho de la Unión.

⁷⁶ La Recomendación de la Comisión 396/2013/UE, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización y lo establecido en su artículo 22 –*vid supra* las referencias a la misma en la introducción a este trabajo– planea en la decisión final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Adviértase que lo establecido en el artículo 22 de la Recomendación se formula en relación con los procesos en los que se insta la reparación de un daño y no aparece, en cambio, entre los principios específicos relativos al recurso colectivo de cesación.

Y es que la referencia a la facultad de desvinculación responde a una cuestión expresamente planteada por el órgano jurisdiccional remitente. La consideración por el Tribunal de Justicia de la Unión de los términos en que fue planteada la cuestión prejudicial 3ª –“el hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7, apartado 3 de la Directiva 93/13?”– condujo a una respuesta en el fallo –“El artículo 7 (...) se opone a una normativa nacional (...) que obliga al juez (...) a suspender (...) sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva”– que cabría calificar de excesiva.

La solución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resultaba excesiva pues admitía la posibilidad de desvinculación del consumidor individual frente a una acción de cesación que tutela un interés colectivo, en sentido propio y eminente. Tal pronunciamiento venía condicionado por la acumulación a la pretensión de cesación de otras pretensiones de restitución que daban a la acción ejercitada el perfil propio de una acción de reparación del daño, en la que ya no se ventilaban intereses propiamente colectivos, sino que se acumulaban pretensiones de reparación del daño que respondían a los intereses individuales de los consumidores afectados por el comportamiento antijurídico de las entidades financieras demandadas. El pronunciamiento de carácter abstracto, sobre la nulidad de las cláusulas, con repercusiones concretas en el alcance de la restitución a los consumidores que también habían formulado pretensiones de restitución en un proceso que quedaba en suspenso en razón de la prejudicialidad civil, condujo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a establecer que el consumidor puede desvincularse de una acción de cesación. Dificilmente puede desvincularse un consumidor de un proceso en el que se resuelve sobre la tutela de un interés propiamente colectivo y no individualizable en ninguno de sus miembros. Tal posibilidad solo resulta razonable respecto de las pretensiones acumuladas en relación con derechos individualizables en cada uno de los consumidores afectados.

d) Las relaciones entre las acciones colectiva e individual según el Tribunal Constitucional (STC 148/2016, de 19 de septiembre)

El asunto de las comúnmente denominadas “cláusulas suelo” ha sido también objeto de análisis por nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 148/2016, de 19 de septiembre, cuya doctrina ha sido reiterada en sus sentencias 206/2016, 207/2016, 208/2016 y 209/2016, todas ellas de 12 de diciembre, y su sentencia 3/2017, de 16 de enero.

La sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre resolvió un recurso de amparo promovido por dos consumidores. Estos habían

interpuesto una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación y otra acción acumulada de reclamación de cantidad. Las acciones estaban dirigidas contra una entidad bancaria ya demandada con anterioridad en un proceso colectivo en el que una asociación de consumidores y usuarios había ejercitado una acción de cesación de la utilización de la misma cláusula impugnada por los dos consumidores. Conoció de esas dos acciones individuales el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, quien, en su auto de 24 de julio de 2013, atendida la solicitud del demandado, decidió suspender el proceso por prejudicialidad civil. La decisión fue revisada en apelación por el auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 2014, que desestimó el recurso de apelación interpuesto, al tiempo que acordó modificar de oficio la resolución recurrida, al apreciar que no concurría prejudicialidad, sino litispendencia, y ordenó el archivo de las actuaciones.

El suplico de la demanda de amparo se había ceñido a la impugnación del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona por estimar, de oficio, la excepción procesal de litispendencia. El recurso de amparo fue estimado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Resulta llamativo que ordenara la retroacción de actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de dictarse el auto del Juzgado de lo Mercantil de 24 de julio de 2013, para que –según señala el fallo, en relación con su fundamento jurídico 7º– el tribunal “*a quo* provea a las actuaciones de una manera que resulte respetuosa con el derecho fundamental declarado”, esto es, “ordenando la continuación del procedimiento en primera instancia hasta su resolución por sentencia que resuelva el fondo de las pretensiones deducidas por las partes”.

La razón de esta actuación se encuentra en que el Tribunal Constitucional atendió a las referencias que, en la fundamentación de la demanda, se hacían al auto de 24 de julio de 2103 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona y “dado que la demanda en ningún momento afirma que el auto de la Audiencia hubiere reparado la lesión producida por el Juzgado *a quo*, ha de entenderse que el recurso de amparo se plantea en realidad contra ambas resoluciones judiciales, siguiendo la doctrina de este Tribunal en cuya virtud, el escrito de demanda de amparo «constituye un todo unitario, cuya lectura ha de acometerse con un criterio flexible y no formalista»”, con cita de la STC 123/2010, de 29 de noviembre⁷⁷.

⁷⁷ Aplicación un tanto forzada de la doctrina precedente. La STC 214/2005, de 12 de septiembre –citada por la STC 123/2010– flexibiliza el alcance del *petitum* de la demanda de amparo dirigida contra el auto desestimatorio de la nulidad de actuaciones del proceso seguido *inaudita parte*, aun cuando la vulneración se había producido en la sentencia condenatoria, porque en la

Lo cierto es que el alcance de ambas decisiones era distinto, pues mientras el auto de 24 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona suspendía el proceso, el auto de 9 de octubre de 2014 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona ordenaba su sobreseimiento. La proyección del derecho a la tutela judicial efectiva sobre ambas resoluciones tiene una distinta incidencia. Mientras la segunda negaba todo acceso al proceso, sobre la base de la existencia de una situación de litispendencia, la primera se limitaba a apreciar una situación de prejudicialidad y, para evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios, ordenaba, al amparo del artículo 43 LEC, la suspensión del proceso⁷⁸.

fundamentación de la demanda de amparo resulta claro que la lesión constitucional se produjo en el defectuoso emplazamiento al demandado. La STC 123/2010, de 29 de noviembre, flexibiliza el alcance del *petitum* de la demanda de amparo dirigida contra la sentencia y actuaciones anteriores, por más que la infracción se produjo en las providencias posteriores a la sentencia que denegaron al demandante en amparo el carácter de tercero con interés legítimo para intervenir en el proceso, por cuanto que la vulneración consistía en la falta de emplazamiento inicial de la demandante en amparo y, por lo tanto, su exclusión del proceso.

Se advierte el carácter –como decía– forzado de la aplicación de esta doctrina, pues recurriéndose en amparo el archivo de unas actuaciones, el Tribunal Constitucional entiende que también debe pronunciarse sobre la suspensión de las actuaciones acordada por el tribunal *a quo*.

⁷⁸ Con anterioridad, en relación con una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por acordarse la suspensión del proceso por prejudicialidad penal, el Tribunal Constitucional en su sentencia 166/1995 de 20 noviembre señaló: “Es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales ordinarios, ex art. 117.3 de la Constitución, apreciar la efectiva concurrencia, en cada caso, de la relación de dependencia material a que alude el precepto [–refiriéndose al artículo 10.2 LOPJ–]. Apreciación que únicamente podrá ser objeto de revisión en vía de amparo si la misma resulta inmotivada o manifiestamente irrazonable o arbitraria, pues, en tal supuesto, se habría incurrido en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Es más, el Tribunal Constitucional ha señalado que en los casos de prejudicialidad obligadamente devolutiva, “el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE” (STC 30/1996, de 26 de febrero, cuya doctrina reproducen las SSTC 255/2000, de 20 de octubre y 147/2002, de 15 de julio). Es cierto que esta doctrina destaca la falta de fundamento jurídico de una sentencia que afirma o niega un hecho en contradicción con otra sentencia en supuestos de prejudicialidad obligadamente devolutiva, mientras que la diversa valoración del carácter abusivo de una cláusula no es, propiamente, la fijación de un hecho y, por otra parte, la obligatoriedad de la prejudicialidad establecida en el artículo 43 LEC resulta discutible. Pero en todo caso, la suspensión del proceso –salvo que sea acordada de una forma inmotivada, irrazonable o arbitraria–, no constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, nos atrevemos a señalar, que aun cuando fuese inmotivada, irrazonable o arbitraria, la vulneración que se produciría se encontraría más que en el derecho a

La decisión de extender el conocimiento del recurso de amparo a la resolución que ordenaba la suspensión del proceso por prejudicialidad civil parece obedecer a la voluntad del Tribunal Constitucional de atender al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016. Dicha sentencia, como hemos analizado anteriormente, garantizaba el derecho del consumidor a desvincularse de una acción colectiva, en la medida que ese modo se garantiza la efectividad de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE. Tal exigencia de desvinculación no se afirmaba sobre la base de derecho fundamental alguno, sino a la mejor tutela de los intereses y derechos de los consumidores, bajo un principio de efectividad.

El Tribunal Constitucional era consciente de que el principio de primacía del Derecho de la Unión no dota a las normas del Derecho de la Unión de “rango y fuerzas constitucionales” –cita a este respecto la STC 215/2014, de 18 de diciembre– pero añadió que eso no significaba que debiera abstenerse de juzgar la forma en que los poderes públicos aplican el derecho de la Unión Europea, pues –y en este punto recoge la doctrina sentada en su sentencia 232/2015, de 5 de noviembre– “corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando (...) exista una interpretación auténtica [(sic.)] efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue así utilizada como argumento *a fortiori* para considerar irrazonable la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de ordenar el archivo de las actuaciones al apreciar litispendencia, desde un punto de vista del resultado de la aplicación del Derecho, contrario al principio de efectividad reclamado por el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE objeto de “interpretación auténtica” por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁹: “Esta doctrina resulta aplicable con igual o mayor fuerza,

la tutela judicial efectiva, en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Cabría objetar a la afirmación que acabamos de realizar, que el derecho a la tutela judicial efectiva quedaría mermado en la medida en que la prejudicialidad comporta asumir, en el proceso que se suspende, la decisión que vendrá impuesta por el proceso que ocasiona la suspensión.

⁷⁹ Adviértase que la resolución del TJUE que alumbraba tal “interpretación auténtica” se produjo el 14 de abril de 2017, con posterioridad por tanto, a las resoluciones impugnadas en amparo, de 24 de octubre de 2014 y a la de 24 de julio de 2013, a la que se extendió el control en amparo.

cuando la respuesta jurisdiccional ha sido la de poner fin al litigio, como aquí ha hecho la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, al declarar la litispendencia”.

Pero, sin ninguna otra invocación a esta doctrina, salvo la decisión expresada en su fundamento jurídico primero de extender la impugnación constitucional contra las dos resoluciones, el Tribunal Constitucional también decidió, de plano y sin motivación, anular el auto de 24 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, ordenándole la continuación del proceso. Tal decisión parece responder a una mera aplicación automática de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin llevar a cabo la más mínima reflexión sobre el carácter arbitrario o irrazonable de la decisión del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona. Tampoco, todo hay que decirlo, sobre el alcance de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En relación con la impugnación del auto de 9 de octubre de 2014 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, el Tribunal Constitucional llevó a cabo una revisión de la aplicación del derecho objetivo por la Audiencia Provincial. Ciertamente, no es función propia de la jurisdicción constitucional determinar cómo debe interpretarse la legislación ordinaria, pues invadiría el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria, pero sí que le compete al Tribunal Constitucional analizar si la interpretación realizada resulta desproporcionada en atención a los fines perseguidos y los intereses que se sacrifican. En este sentido, examinó si resultaba desproporcionada la privación –con el sobreseimiento y archivo de las actuaciones– del derecho a un pronunciamiento sobre el fondo, al apreciar una situación de litispendencia.

Curiosamente, en su análisis, el Tribunal Constitucional insistió en la inexistencia de normas que expresamente excluyesen la viabilidad de las acciones individuales una vez ejercitada la acción colectiva de cesación⁸⁰. La argumen-

⁸⁰ Así, señala en su fundamento jurídico cuarto que “no aparecen normas que habiliten al Juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula, resultando más bien claras las expresiones del legislador en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción”. Por tales expresiones, sólo se menciona la realidad de la regulación de las acciones individuales junto con las colectivas. Si es cierto que no hay normas que expresamente excluyan las acciones individuales, de haberse ejercitado la colectiva, tampoco hay normas que expresamente afirmen su compatibilidad.

En la doctrina, sólo puede encontrarse una argumentación equivalente en el comentario al artículo 20 LCGC de Díez-Picazo Giménez, I-, en Menéndez Menéndez, A. y Díez Picazo, L. (*dir.*) con Alfaró Águila-Real, J. (*coord.*), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la*

tación sorprende, porque el objeto de control constitucional no debe consistir en una indagación de la existencia de normas que habiliten tal exclusión, sino en la verificación de si la aplicación de lo establecido en el artículo 421 LEC se había seguido un criterio interpretativo desproporcionado⁸¹.

Aunque el Tribunal Constitucional orilló toda referencia al artículo 421 LEC, no eludió, en su fundamento jurídico cuarto, la comparación de los objetos del proceso en el que se ejercita la acción de cesación y del proceso en que se insta la acción individual de nulidad.

Consideró que faltaba la identidad entre las acciones colectiva e individual, en primer lugar porque se remite a los recurrentes a un proceso en el que se conoce de la acción de cesación pero en el que no pueden ser partes –al carecer de legitimación para iniciarlo– ni intervenir –según resulta de lo establecido en el artículo 15.4 LEC–⁸². Junto a la que considera una clara falta de identidad subjetiva, advierte que “la identidad –que no mera similitud– de objeto entre ambos procesos, de otro lado, resulta cuanto menos dudosa” (FJ 6º).

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional parecía ignorar que la comparación de los objetos procesales exige verificar tres elementos identificadores de la acción ejercitada: el subjetivo, el *petitum* y la causa de pedir. Afirmar que no se da la identidad subjetiva y, al tiempo, afirmar una dudosa identidad objetiva denota

contratación, Madrid, 2002, p. 815 cuando afirma: “respecto de los adherentes es evidente que la sentencia desestimatoria de una acción colectiva –paradigmática y en lo que más nos interesa, de una acción de cesación– no impide el ulterior ejercicio y estimación de acciones individuales. En primer lugar, *porque no hay precepto legal alguno que lo impida*” (la cursiva es nuestra).

⁸¹ El artículo 421 LEC ordena dictar auto de sobreseimiento cuando se aprecie la pendencia de otro juicio sobre objeto idéntico. Debe revisarse si la apreciación de esa identidad de objeto se ha llevado a cabo con un criterio razonable y, en segundo lugar, si la aplicación de una regla de litispendencia que persigue evitar pronunciamientos contradictorios ocasiona un sacrificio desproporcionado de los intereses de los justiciables.

⁸² Señala el Tribunal Constitucional en su FJ sexto que, aunque la demanda de cesación fue publicada en medios de comunicación nacional, por acordarlo así el juzgado competente “a falta de una carga procesal impuesta por la ley, los aquí recurrentes no tenían que atender el emplazamiento efectuado, ni en ese ni en otro proceso de cesación en cualquier parte del territorio nacional, por más que apareciera impugnada una cláusula del mismo contenido que la suya”. Esta idea aparece también en el FJ cuarto “En cualquier caso, resulta evidente que al eliminarse las medidas de publicidad del proceso para las acciones de cesación, el legislador asume no solamente que el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y, por ello mismo, puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo. También que, en consecuencia, no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual, por mor de una carga de personación al proceso de cesación que no existe”.

cierta imprecisión en la utilización de conceptos procesales elementales, porque la identidad subjetiva es un elemento que hay que apreciar en el propio objeto, con independencia de quién haya actuado como demandante, porque su actuación puede haber sido con una legitimación extraordinaria.

Así, en cuanto a la identificación del objeto, desde el punto de vista subjetivo, la acción colectiva de cesación se ejercitaba en interés de los dos consumidores que habían ejercitado la acción individual, por más que éstos careciesen de legitimación para interponer la acción de cesación o para intervenir en el proceso, toda vez que el ordenamiento jurídico considera suficientemente tutelado el interés colectivo –del que los dos consumidores participaban– por las asociaciones, entidades y órganos públicos a los que otorgan legitimación el artículo 16 LCGC y, tratándose de consumidores y usuarios, el artículo 54.1 TRLGDCU. Ambos objetos procesales prestan tutela a los mismos sujetos. La acción individual exclusivamente a los dos consumidores que habían contratado con el predisponente, la colectiva, junto a esos dos consumidores, al conjunto de todos los consumidores que ya habían contratado con el empresario predisponente y también a los que pudieran hacerlo en el futuro⁸³.

⁸³ Se plantea DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en su comentario al artículo 20 LCGC en *Comentarios...*, *cit.*, p. 817 si la identidad del demandante es elemento identificador de la acción colectiva. Formulada la cuestión de este modo, hay que responder que sí, la acción se identifica desde el punto de vista subjetivo por las identidades del sujeto en cuyo interés se insta la tutela jurídica –habitualmente el demandante, con legitimación ordinaria– y el sujeto frente a quien se reclama esa tutela jurídica. En los supuestos de ejercicio de acciones colectivas, el ordenamiento legitima a determinadas asociaciones, grupos y entidades para que actúen un derecho o interés ajeno –en este caso el interés colectivo de los consumidores– en interés ajeno –el de los consumidores–. El ejercicio de la acción es con legitimación extraordinaria, en modo alguno con legitimación ordinaria. Sucede algo parecido en el ejercicio de una acción de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. La acción ejercitada por el cónyuge de la persona con discapacidad, si las circunstancias fácticas no varían, es la misma acción que pudiera intentar posteriormente el hijo de esa persona con discapacidad. Ambos actúan con legitimación extraordinaria y la variación de demandante no afecta a la identidad de la acción. Afirmar que las entidades habilitadas por el artículo 16 LCGC actúan con legitimación directa o propia supondría admitir que actúan un interés propio, lo que no es cierto, y tendría como consecuencia que la decisión de la acción ejercitada por una de ellas no impediría un nuevo conocimiento de la que otra pudiera ejercitar con idéntico *petitum* y *causa petendi*, en tanto que se consideraría una acción distinta. Debe afirmarse que las entidades habilitadas por el artículo 16 LCGC actúan con legitimación extraordinaria. Sucede que, en el ámbito de las acciones colectivas, el grupo indeterminado y permeable de consumidores no puede actuar con legitimación propia, salvo que el ordenamiento jurídico permitiese –lo que hoy en día no ha hecho– constituir un órgano al que se le atribuyese en exclusiva la representación jurídica de esa colectividad.

Si se advierte que todas las entidades legitimadas por el artículo 16 LCGC lo son con legitimación extraordinaria, no puede sustentarse la postura mantenida por DIEZ-PICAZO, *op. et loc. cit.*

La diferencia entre ambas acciones viene determinada por la *causa petendi*, en cuanto que en la acción colectiva la nulidad sólo puede declararse a partir de la consideración abstracta de la cláusula, en atención a la equivalencia de prestaciones entre el predisponente y quienes con él contratan, pero sin que puedan tenerse en cuenta las concretas circunstancias que pueden concurrir en cada contrato. Sí que son relevantes en la determinación de la *causa petendi* los distintos hechos y elementos jurídicos que cada consumidor pueda poner de relieve para sustentar tanto la acción individual de nulidad de la cláusula, como para sustentar, en su caso y en otro procedimiento, su validez.

El propio Tribunal Constitucional advirtió esta diferencia cuando en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia alude al “objeto propio y principal de dicha acción [la de cesación], que sigue siendo de control abstracto de las cláusulas”, debiendo entenderse aquí por “objeto”, la finalidad perseguida por la acción. La identificación del objeto, desde el punto de vista del *petitum*, de la tutela instada, presenta una cierta coincidencia. En la acción colectiva se pide la cesación en la utilización de las cláusulas que se reputan ilícitas e, implícitamente, la declaración de su nulidad. En las acciones individuales se pide simplemente la declaración de nulidad de las mismas cláusulas. Ambas nulidades, tienen un distinto alcance

según la cual, puesto que la cosa juzgada se da *inter partes*, a falta de un precepto del legislador que establezca la extensión de los efectos de la sentencia a otras entidades legitimadas, estas pueden reiterar la acción de cesación contra la misma cláusula y por iguales fundamentos.

Para CALDERÓN CUADRADO, P., “La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios” en BARONA VILAR, S. (coord), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª edición. Valencia, 2003, p. 408, nota 77, debe extenderse la eficacia de la sentencia a otros legitimados porque “en realidad los titulares últimos de los derechos e intereses en conflicto son idénticos”.

GASCÓN INCHAUSTI, F. “Acciones de cesación” en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir) *La defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid, 2011 p. 963, “A mi juicio, ha de entenderse que la acción colectiva es una y la misma, con independencia de quién sea el concreto sujeto que aproveche la atribución especial de legitimación para ejercerla”. Hecha esta afirmación, carecen de sentido las dudas que asaltan a este autor: “Ahora bien, no está claro si se trataría de una extensión de la cosa juzgada a terceros, dada la ausencia de precepto legal que la establezca” añadiendo que “podría también sostenerse que nos hallamos ante un supuesto de ausencia de acción”. Si la acción es una y la misma, la identidad de objeto debe conducir, según el artículo 421.1 LEC al sobreseimiento del proceso, por apreciar la existencia de cosa juzgada o litispendencia.

Sin ofrecer una razón definitiva en la que apoyar su postura, sostiene BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal... cit.*, p. 104, que “dictada una sentencia firme sobre el fondo del asunto en un proceso colectivo, no caben nuevos procesos colectivos a consecuencia de los mismos hechos dañosos, instados por otras asociaciones de consumidores y usuarios, entidades habilitadas o grupos de afectados frente al mismo demandado”.

en la determinación de la ineficacia de la cláusula. La nulidad abstracta permite el pronunciamiento de condena inhibitoria, pero tal nulidad no determina necesariamente la ineficacia de las estipulaciones en cada concreta relación, pues tanto el predisponente como el consumidor pueden acreditar que la cláusula declarada ilícita en el proceso colectivo responde a una negociación individualizada y que su eficacia queda salvaguardada por el juego de las concretas contraprestaciones establecidas en un concreto contrato con el mismo predisponente.

Debe excluirse por tanto la identidad de objeto. La interpretación realizada por la Audiencia Provincial, que presupone la extensión de la nulidad declarada de forma abstracta, como una ineficacia incondicionada de la cláusula declarada ilícita en todos los contratos suscritos por los consumidores en cuyo interés se actúa, excluye la posibilidad de que el consumidor individual pueda hacer valer su propio interés particular en mantener la vigencia de la cláusula. En definitiva, la interpretación realizada por la Audiencia Provincial, al ordenar el sobreseimiento del proceso en el que se ejercitó la acción individual de nulidad, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares consumidores.

De modo confuso es lo que viene a señalar el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico sexto al entender la apreciación de la litispendencia por identidad de objeto como una automática extensión del efecto de cosa juzgada, siguiendo el principio de que hoy hay litispendencia donde mañana habrá cosa juzgada: “extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Ahora bien, resulta dudoso que atente contra esa autonomía una suspensión por prejudicialidad, cuando el consumidor ha instado la declaración de nulidad de la cláusula en el contrato al que ha quedado incorporada. El efecto prejudicial es claro y se hace evidente la parcial coincidencia de objeto entre ambas acciones. El consumidor no va a plantear la validez de la cláusula y el demandado aguardará a la resolución de la acción colectiva para hacer valer, en el caso de que se estime el carácter abusivo de la cláusula, que la misma fue objeto de negociación. Cuestión distinta es que se considere desproporcionada la suspensión del proceso en el que se conoce de la acción individual, desde el punto de vista de la efectividad de la tutela de los derechos de los consumidores, como hizo la STJUE de 14

de abril de 2016. Pero sobre dicha desproporción no hace consideración alguna el Tribunal Constitucional.

e) El alcance de cosa juzgada de la sentencia colectiva de cesación (STS 367/2017, de 8 de junio)

Debe hacerse alguna matización al razonamiento del Tribunal Constitucional que hemos analizado en el epígrafe anterior. Importa destacar que el artículo 20 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en su redacción originaria, regulaba los efectos de la sentencia⁸⁴ y que quedó vaciado de contenido en virtud del ordinal 15º del apartado 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Las normas que regulan la acción de cesación en la Ley de condiciones generales de la contratación nada prevén. Tampoco el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Para determinar los efectos de la sentencia de una acción de cesación debe aplicarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí contiene un artículo 222.3 que prevé una extensión de la eficacia de cosa juzgada.

Dos objeciones pueden oponerse a la aplicación de este artículo 222.3 LEC. El primero que los consumidores adherentes no actúan como titulares de derechos en un supuesto de acción colectiva ejercitada en interés de todos ellos⁸⁵. Ciertamente, el artículo 222.3 LEC, menciona expresamente el artículo 11 LEC y parece guardar una más estrecha relación con supuestos de reclamaciones de daños a consumidores para los que el artículo 11 LEC concede una legitimación extraordinaria a grupos, asociaciones y entidades públicas. También es cierto que el propio artículo 11 LEC denomina “intereses” a la realidad que ha de ser tutelada por los sujetos a los que legitima. Si se mantuviese una estricta correlación entre el artículo 11 LEC y el artículo 222.3 LEC este último también debiera referirse a los “sujetos, no litigantes, titulares de los intereses que fundamenten

⁸⁴ El tenor de su apartado primero era el siguiente: “La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Por otra parte, aclarará la eficacia del contrato”.

⁸⁵ En este sentido SANDE MAYO, M.J., *Las acciones colectivas... cit.*, p. 304, señala que “la estimación o desestimación de la pretensión colectiva entablada por cualquiera de los legitimados, afectará a la comunidad social de modo global, por ser ésta la titular indivisible de los intereses supraindividuales tutelados”. Pero debe reconocerse que una sentencia estimatoria o desestimatoria a favor de la “comunidad social” no dejará de repercutir en todos y cada uno de sus miembros, por más que la estimación o desestimación se haga de modo global.

la legitimación de las partes”; sin embargo, utiliza el término “derechos”. La divergencia parece obedecer al descuido del legislador en la utilización precisa de las categorías y, si esta apreciación es correcta, aconseja una interpretación amplia del artículo 222.3 LEC como referido a los derechos e intereses de los consumidores, más aún cuando el artículo 54.3 TRLGDCU remite al artículo 11 LEC para regular la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente a determinadas conductas que lesionen intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios⁸⁶. Entendemos que la primera de las dos posibles objeciones puede ya desecharse.

La segunda objeción derivaría de que la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en materia de condiciones generales de la contratación no se apoya en la remisión del artículo 54.3 TRLGDCU al artículo 11 LEC, sino de los artículos 16.3 LCGC y 54.1 b) del TRLGDCU. La aplicabilidad del artículo 222.3 LEC sólo sería posible si, superando su tenor literal, se considera su inciso final como una norma general de extensión de eficacia de la sentencia que resuelve una acción colectiva, ya sea propiamente colectiva, ya un supuesto de colectivización de acciones. Si no fuera así, carecería de sentido la misma introducción de las categorías de las acciones colectivas y de los supuestos de colectivización de acciones.

En cierto sentido, la misma categoría de la acción colectiva que tutela un interés supraindividual requiere que su eficacia no quede constreñida a quienes han sido parte, sino que se extienda a todos los sujetos que participan en ese interés supraindividual, colectivo. No es propiamente una extensión de efectos, en la medida en que, correspondiendo la titularidad a la colectividad cuyo interés se tutela, la actuación en juicio se lleva a cabo por sujetos específicamente legitimados, con una legitimación extraordinaria que no es concurrente o redundante con la que ostentarían sus miembros⁸⁷, sino la única legitimación posible, al carecer los miembros individualmente considerados de la posibilidad de actuar en interés

⁸⁶ La reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, al introducir una nueva regulación de las acciones colectivas en ese ámbito e introducir nuevas reglas de legitimación en el artículo 11 bis LEC ha optado por modificar, mediante su disposición adicional segunda, precisamente el artículo 222.3 LEC en estos términos: “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis de esta ley”.

⁸⁷ El problema se plantea en distintos términos cuando el supuesto es de colectivización de acciones, porque la legitimación para actuar por todos los afectados debe coordinarse con la que corresponde con cada afectado para tutelar su propio derecho.

de toda la colectividad. Además, tampoco cabe considerar esta extensión como una consecuencia derivada de la trascendencia supraindividual de la sentencia ganada por quien interpuso la acción.

Hay quien ha sostenido que se trataría de “una eficacia *ultra partes* o, por mejor decir, *erga omnes*; pero no ya como efecto de cosa juzgada, sino por su mera eficacia constitutiva”. Y añade más adelante “la eficacia *erga omnes* de la estimación de las acciones colectivas deriva de su propia naturaleza, y no de peculiaridad alguna sobre la fuerza de cosa juzgada de la sentencia estimatoria. Dicho de otro modo, la eficacia constitutiva de esas sentencias estimatorias ha de ser, por fuerza, general”⁸⁸. Se viene a anudar así esa eficacia general a la propia eficacia constitutiva de la sentencia que declara la nulidad de las cláusulas, que por lo tanto dejarían de desplegar la eficacia jurídica *erga omnes* que al parecer tendrían⁸⁹.

Al admitir esta eficacia constitutiva de la sentencia parecidesvirtuarse, con el pronunciamiento de nulidad, una eficacia jurídica que la cláusula –al parecer– tendría por sí misma. Lo cierto es que la eficacia de la cláusula debe reconducirse a su inclusión en el contrato perfeccionado entre adherente y predisponente en virtud de sus declaraciones de voluntad⁹⁰. Aunque cabe hablar de un control abstracto, este control es sustancialmente diverso al realizado en relación con la licitud de los reglamentos o la constitucionalidad de las leyes. En estos casos, la apreciación de la ilicitud o inconstitucionalidad determina la pérdida de vigor de la norma general y por lo tanto su general eficacia vinculante. En cambio, tratándose de una condición general de la contratación, su eficacia vinculante debe reconducirse –como acabamos de señalar– a la declaración de voluntad de predisponente y adherente. Por tal motivo, la declaración de nulidad de la cláusula, tras el control abstracto que proporciona la acción colectiva, no supone necesari-

⁸⁸ Díez-Picazo Giménez, I., en su comentario al artículo 20 LCGC en *Comentarios...*, cit., pp. 814.

⁸⁹ En sentido parecido, Bonachera Villegas, R., *Tutela procesal...* cit., p. 104, apunta que “declarada la nulidad de una condición general de la contratación, ésta está llamada a producir efectos *erga omnes*, esto es, efectos frente a todos los obligados por esa cláusula hayan comparecido o no en el proceso colectivo, no porque se produzca una extensión subjetiva de la cosa juzgada, sino porque la sentencia produce efectos jurídico-materiales derivados de tal declaración de nulidad desde el mismo momento en que se ha dictado”. Señala que el efecto es semejante al producido por una sentencia declarativa de nulidad de una disposición general en el ámbito del proceso contencioso-administrativo. Algún argumento parecido ofrece Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, p. 816.

⁹⁰ Nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente en la nota a pie de página nº 57 y a la polémica sobre la naturaleza de las condiciones generales surgida entre Garrigues y De Castro.

riamente la nulidad de la cláusula en todos los contratos suscritos por los adherentes, en la medida en que tanto el predisponente como los adherentes pueden hacer valer que la concreta cláusula declarada nula, fue objeto de negociación particular. El pronunciamiento de la acción colectiva no puede tener en cuenta, como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, las múltiples circunstancias concurrentes en cada contrato. No hay, por lo tanto, una general eficacia jurídico-material, sino una directa eficacia formal del pronunciamiento de la sentencia colectiva sobre todos los miembros actuales y potenciales de la colectividad que quedan vinculados por el pronunciamiento abstracto, en tanto que abstracto, no prejuzga las concretas circunstancias que pueden concurrir en cada adherente y que pudieran ser a su vez determinante, en algún caso particular, de la validez de la cláusula⁹¹.

Tratándose de una acción colectiva de cesación sobre condiciones generales de la contratación –con su implícita declaración de nulidad abstracta– las particularidades son notables. En otras acciones de cesación, la declaración de ilicitud comporta tan solo una condena a cesar en una conducta ilícita, sin que la calificación de ilicitud suponga apreciar la nulidad de acto alguno. Tampoco en estos casos –debo insistir en este aspecto– cabe afirmar que la eficacia supra-individual es puramente material. De entenderse que la eficacia es material, la sentencia absolutoria no tendría eficacia extensiva alguna. De ser así, tal acción no sería una verdadera acción colectiva, sino como mucho una acción atribuida a asociaciones y entidades para la defensa de intereses generales. Si las palabras tienen algún sentido, especialmente en la ley, la calificación de una acción como colectiva reclama la vinculación de todos los miembros de la colectividad a lo decidido, tanto si lo decidido es la estimación de la acción colectiva, como su desestimación.

Por lo tanto, hay una directa eficacia jurídica de la sentencia sobre todos los miembros de la colectividad y no una mera trascendencia supra-individual de carácter material.

Las anteriores consideraciones nos llevan a entender que puede mantenerse una interpretación amplia del artículo 222.3 LEC y afirmar que el carácter colec-

⁹¹ Por la anterior razón, rechazamos la postura de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, p. 815, según la cual la sentencia desestimatoria de la acción colectiva no tendría *de lege data* ninguna eficacia respecto de los adherentes. Evidentemente, el rechazo de la nulidad de la cláusula, desde una perspectiva abstracta, no impide la estimación de una acción individual de nulidad en atención a las concretas circunstancias del contrato.

tivo de la acción de cesación del artículo 12 LCGC –aunque la legitimación para su ejercicio no venga directamente atribuida por el artículo 11 LEC– comporta una directa eficacia de la sentencia que la estima o desestima sobre todos los adherentes que la suscribieron con el predisponente demandado. Dado su carácter abstracto, los pronunciamientos de índole colectiva y de contenido declarativos e incluso de nulidad no impiden el ejercicio de una posterior acción individual, aunque no debe desconocerse la suficiencia de ese control abstracto para determinar la ineficacia de la cláusula respecto de la generalidad de las posiciones contractuales mantenidas por el predisponente demandado con los sujetos en cuyo nombre se ha ejercitado la acción y, en todo caso, un cierto carácter prejudicial, de modo que el pronunciamiento de ineficacia sólo podrá desconocerse en la posterior acción individual por razones muy excepcionales.

Así lo entiende la STS367/2017, de 8 de junio: “La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte de Banco (...). También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por [el] Banco (...), la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.

El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual”⁹².

Esta sentencia es llamativa, porque el consumidor se había desvinculado de la acción colectiva y ejercitó una acción individual en la que solicitaba la devolución de las cantidades abonadas por falta de transparencia de las cláusulas aplicadas. En la instancia se desestimó la falta de transparencia y se confirmó por la Audiencia Provincial de Huelva (secc. 2ª) en su sentencia 169/2014, de

⁹² Apunta ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “Los ejes fundamentales...” *cit.*, pp. 75 y 76, que, aunque pueda parecer una simplificación excesiva del problema, hay fundamento suficiente para afirmar que los pronunciamientos judiciales estimatorios recaídos en un proceso colectivo, relativos al control de abusividad de cláusulas generales por falta de transparencia despliegan la autoridad de cosa juzgada en su vertiente prejudicial.

9 septiembre. Recurrída en casación la sentencia, durante la sustanciación del recurso se dictó por el Tribunal Supremo la sentencia 705/2015, de 23 diciembre, que resolvía de forma definitiva, en casación, la acción colectiva de la que se había desvinculado el consumidor. En esta última sentencia el Tribunal Supremo afirmaba que aquellas cláusulas adolecían de falta de transparencia. El Tribunal Supremo en su sentencia 367/2017, de 8 de junio, entendió que la sentencia resolutoria de la acción colectiva desplegaba una eficacia prejudicial sobre la acción individual, y, a tal efecto, resulta indiferente la previa desvinculación⁹³.

A modo de recapitulación, cabe afirmar que en nuestro ordenamiento se ha admitido la posibilidad de acumulación de pretensiones de nulidad y restitución a las acciones de cesación, otorgando una mínima trascendencia a las normas procesales determinantes del cauce procedimental a seguir y la posibilidad de intervención de los consumidores. Instada la nulidad de condiciones generales de la contratación, de forma acumulada a la acción de cesación, se ha entendido que la declaración de nulidad tiene un carácter abstracto, pero tal pronunciamiento, aun calificado como abstracto, no ha dejado de tener consecuencias concretas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de abril de 2016 estableció que debía por tanto garantizarse la posibilidad de que los consumidores pudieran desvincularse de la acción colectiva de cesación. Evidentemente, tal desvinculación obedecía a la circunstancia de que se habían acumulado a la acción de cesación pretensiones de declaración de nulidad y de restitución. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la suspensión de la acción individual en la que se pretendía una restitución dineraria por nulidad de una cláusula constituía una merma de la efectividad de la tutela de los derechos de los consumidores. El Tribunal Constitucional ha reafirmado la vigencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un modo especialmente enérgico.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce ninguna facultad de desvinculación de los consumidores frente a la acción colectiva ejercitada. Más bien, lo que prevé es la posibilidad de su intervención para la defensa de su derecho e interés

⁹³ Advierte el Tribunal Supremo que el caso resuelto en esta sentencia “Es también diferente de la cuestión que ha sido objeto de sentencias más recientes tales como las 127/2017, de 24 de febrero, 334/2017, de 25 de mayo y 357/2017, de 6 de junio, pues en estas se planteaba la eficacia que pudieran tener los pronunciamientos de la sentencia desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que tal consumidor ejercita una acción individual, y concluimos que tales pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarlo un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir”.

en la acción colectiva, salvo cuando se trate de una acción de cesación, en la que el artículo 15.4 impide toda posibilidad de intervención. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 14 de abril de 2016, estableció que debía garantizarse, en todo caso, esa posibilidad de desvinculación, como garantía de la autonomía de la voluntad del consumidor, incluso cuando se tratase de acciones de cesación. Debe insistirse que, en el supuesto enjuiciado, se habían acumulado a la acción de cesación, pretensiones de nulidad y resarcimiento, lo que explica la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Finalmente, debe subrayarse que, pese a tal posibilidad de desvinculación, el Tribunal Supremo ha entendido que la acción colectiva de cesación que declarase la nulidad de una condición general de la contratación, por más que lo hiciese de forma abstracta, no deja de desplegar una eficacia prejudicial sobre posteriores acciones individuales en las que se instase la declaración de nulidad de la misma cláusula general.

IV. LA PROPUESTA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2020/1828 POR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

El futuro inmediato de las acciones colectivas se encuentra afectado por la necesidad de transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores⁹⁴.

En la Directiva se prevé que los Estados miembros desarrollen una legislación que permita el ejercicio de acciones colectivas de carácter transnacional, que denomina como “acciones de representación” y que pueden contemplar como contenido tanto “medidas de cesación” como “medidas resarcitorias”, o ambas simultáneamente (arts. 3.5º y 7.5 de la Directiva)⁹⁵.

⁹⁴ Para un análisis de la evolución de la actividad legislativa de la Unión Europea respecto de las acciones colectivas, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y Derecho europeo... *cit.*”, pp. 700 y ss.

⁹⁵ La admisión de acciones colectivas cuyo contenido sea la reparación de un daño patrimonial constituye un avance en la regulación de esta forma de tutela por parte de la Unión Europea, que hasta el momento sólo había abordado, en su Directiva 2009/22/ CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 acciones colectivas de cesación. Se produjo un cierto avance en la propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018, sobre acciones colectivas de la Comisión Europea al establecerse, en su artículo 5.3, medidas de reparación vinculadas al ejer-

La Directiva limita su ámbito de aplicación a la protección de los intereses colectivos de los consumidores en tanto que el Parlamento Europeo y el Consejo se apoyan en el artículo 169 TFUE para dictarla como instrumento para alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores, recurriendo para ello a las medidas señaladas en el art. 114 TFUE [considerando (4) de la Directiva]⁹⁶. La Directiva lleva a cabo una armonización mínima⁹⁷ que busca posibilitar un ejercicio transfronterizo de acciones colectivas, sin establecer un proceso colectivo europeo. El modo de lograrlo ha sido exigir que en todos los Estados miembros exista un sistema de tutela colectiva que se ajuste a lo establecido en la Directiva [considerando (11)]de modo que facilite a los consumidores el resarcimiento de los daños⁹⁸ y la cesación de conductas ilícitas conforme a un mecanismo de *private enforcement*.

cicio de una acción de cesación. Tal vinculación de las medidas de reparación a las medidas de cesación parece romperse ahora en el artículo 9.3 de la Directiva 2020/1828 al admitir el ejercicio de «acciones de representación para obtener medidas resarcitorias sin necesidad de que el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa haya declarado previamente la existencia de la infracción a que se refiere el artículo 2, apartado 1, en un procedimiento distinto». La norma se encamina a facilitar –de conformidad con lo establecido en el artículo 7.5 de la Directiva– la acumulación de las peticiones de cesación y resarcitorias “en el marco de una acción de representación única”, pero admite la posibilidad de ejercicio de una acción de representación en la que se solicite una medida resarcitoria sin instar una tutela inhibitoria. La posibilidad de una acción de este tipo puede darse en reclamaciones de daños causados por productos defectuosos, al amparo de las normas de desarrollo de la Directiva 85/374/CEE. Sobre esta cuestión vid, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La Propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio” en JIMÉNEZ CONDE (dir.) *Adaptación del Derecho Procesal Español a la normativa europea y su aplicación por los tribunales*, Valencia 2018, pp. 416 y 417, donde defendía la posibilidad de que pudiera haber acciones de reparación de carácter colectivo no vinculadas a acciones de cesación en supuestos de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

⁹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre, 2020), vol. 12, n° 2, p. 1294, destaca que el artículo 114 TFUE “permite una armonización más extensa, no ceñida necesariamente a los litigios con dimensión transfronteriza”.

⁹⁷ Para GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo...” *cit.*, p. 1297, el nivel de armonización al que se aspira resulta decepcionante. El mismo autor, en una obra posterior, “Acciones colectivas y Derecho europeo...” *cit.*, p. 707, subraya que la Directiva “no ha pretendido –o no ha logrado– establecer un modelo acabado y uniforme de tutela directiva «a la europea»”.

⁹⁸ Exige que las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación puedan solicitar medidas resarcitorias, pero estas sólo pueden desenvolverse en el ámbito de aplicación que establece su artículo 2 y que se limita a las acciones de representación que se ejerciten “frente a actos de empresarios que infrinjan las disposiciones del Derecho de la Unión” que se recogen en su anexo I, así como las disposiciones que las hayan traspuesto.

El plazo establecido para la transposición de la Directiva expiró el pasado día 25 de diciembre de 2022 (art. 24 de la Directiva) y la disposición transitoria contenida en el artículo 22 de la Directiva establece que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas exigidas por su transposición resultarán de aplicación a las acciones de representación que se ejerciten a partir del 25 de junio de 2023. El Reino de España no ha llevado a cabo la transposición en plazo y, además –como acabamos de ver–, hay un segundo término que exige la aplicación efectiva de las normas de transposición en un breve plazo de apenas dos meses.

El pasado 20 de diciembre el Gobierno aprobó un anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, presentado por los Ministerios de Justicia y de Consumo. Sobre este anteproyecto ya ha emitido su dictamen el Consejo Económico y Social, con fecha 25 de enero de 2023.

Como hemos indicado, la Directiva establece una armonización mínima, por lo que, al abordar su transposición, se podría optar por una regulación de las acciones colectivas con idéntico ámbito de aplicación que el señalado por la Directiva 2020/1828, extenderla a cualesquiera infracciones de las normas de defensa de consumidores o usuarios o bien establecer que esa regulación se extendería a cualquier tipo de infracción y a cualquier reclamación indemnizatoria de carácter masivo, no necesariamente vinculado al ámbito del consumo⁹⁹.

En el texto del anteproyecto se ha escogido la segunda y de las opciones e introduce una nueva regulación de la tutela colectiva en materia de consumo que no se limita a las materias exigidas por la Directiva 2020/1828 –que se enumeran en su Anexo I– sino a cualesquiera otras que en las que se produzca una infracción de “los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios” (art. 828 LEC^{ALAR})¹⁰⁰. La nueva ordenación de la tutela colectiva se aborda con cierta sistematicidad con la introducción, en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a la regulación de los procesos especiales, de un nuevo Título IV para la regulación “de los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios”. De

⁹⁹ También puede realizar una transposición ajustada al ámbito de aplicación de la Directiva y mantener paralelamente y a efectos internos un particular régimen de acciones colectivas en otros ámbitos.

¹⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves...” *cit.*, p. 4, señala que las nuevas acciones colectivas pueden ser cauce “para reclamar la reparación de daños ocasionados a consumidores –pero solo a ellos– como consecuencia de la infracción de normas de defensa de la competencia (a pesar de que este sector del ordenamiento ha quedado fuera del ámbito de la Directiva)”.

este modo, se aprovecha la oportunidad de la transposición, no solo para llevar a cabo una adaptación de nuestras normas a la Directiva comunitaria, sino para dar un nuevo enfoque a la regulación existente de las acciones colectivas y suplir las deficiencias que se han venido produciendo en su aplicación¹⁰¹, ante la divergencia de criterios jurisprudenciales y la ralentización y excesiva duración de las acciones colectivas planteadas hasta el momento. También por su incapacidad para dar solución a situaciones de litigación masiva que se han producido como consecuencia de la multiplicación de acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo en contratos de préstamo y créditos garantizados con hipoteca. Las acciones colectivas no han aglutinado estas reclamaciones, lo que han dado lugar a una situación de colapso judicial¹⁰².

El autor del anteproyecto ha decidido mantener la terminología utilizada por la Directiva y denominar acciones de representación a las acciones que prestan una tutela colectiva a los consumidores y usuarios. La Ley de Enjuiciamiento Civil, ahora en vigor, solo utiliza la expresión “acción colectiva” en su artículo 521.4 y en el resto del articulado hace referencia a acciones y procesos para la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Con la utilización del término acciones de representación, el anteproyecto marca una distancia con el modelo anterior –y actualmente vigente– y vincula de forma evidente el sentido de la reforma con las exigencias de armonización impuestas desde la Unión Europea.

¹⁰¹ El sistema de acciones colectivas vigente hasta el momento ha sido considerado como un fracaso práctico, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores” en *Almacén de derecho [almacendederecho.org]*, p. 2

¹⁰² Para descongestionar la situación se estableció un procedimiento extrajudicial para la resolución de estas reclamaciones, en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo y la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ introdujo en el apartado 2 del artículo 98 LOPJ una posibilidad de especialización al margen de la circunscripción a la que perteneciese el órgano jurisdiccional que permitió, por acuerdo del CGPJ de 25 de mayo de 2017, la especialización de 54 Juzgados de Primera Instancia —uno por provincia y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear— para conocer de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario fuese una persona física. El proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal ha previsto la introducción de un artículo 438 ter en la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular el que califica como «procedimiento testigo» en materia de condiciones generales de la contratación que permitirá extender los efectos de la declaración de nulidad de una condición, como abusiva, a otras impugnaciones de la misma condición que penden frente al mismo tribunal.

La Directiva 2020/1828 define la acción de representación como “toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores ejercitada por una entidad habilitada como parte demandante en nombre de los consumidores por la que se solicite una medida de cesación o una medida resarcitoria, o ambas” (art. 3.5º de la Directiva). La calificación de la acción como representativa o de representación no descansa en un mandato representativo de los consumidores, sino en la asunción por una entidad de la defensa del interés de los consumidores y usuarios afectados en razón de una habilitación general del Estado miembro que la legitima para el ejercicio de la acción de representación. Su actuación es representativa del interés de los consumidores y usuarios.

En este trabajo utilizaremos indistintamente los términos acción de representación y acción colectiva. Si aquella denominación es la legal, nos parece más descriptiva de su naturaleza esta última. Por otra parte, en la terminología utilizada por la Directiva –también en el anteproyecto– el foco de atención se desplaza de las características del interés al tipo de medida que se pretende adoptar: una tutela resarcitoria o una medida de cesación. Por ese motivo, en ocasiones utilizaremos las expresiones de acciones colectivas de resarcimiento o de cesación y, en otras, la terminología legal.

1. LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS RESARCITORIAS.

Los artículos 831 y ss LEC^{ALAR} regulan la que denominan como “acción de representación resarcitoria”. El artículo 831 LEC^{ALAR} en su apartado 1 señala que bajo tal denominación se regula aquella que “se dirige a obtener una sentencia que condene al empresario o profesional demandado a reparar los daños padecidos por los consumidores o usuarios por la conducta infractora en los términos previstos por la legislación aplicable”.

La “reparación del daño” en que consiste la condena resarcitoria es una expresión genérica –también la de resarcimiento– que contempla “entre otras, la condena al pago de indemnizaciones, a la reparación o sustitución de los bienes adquiridos por los consumidores o al reembolso del precio pagado por éstos”. Y bajo la misma noción de reparación del daño y resarcimiento se contempla “la resolución de los contratos en que se haya materializado la conducta infractora o la reducción del precio de los bienes o servicios afectados por aquella” (art. 831 LEC^{ALAR}). La definición se hace con una amplitud semejante a la contenida en

el ordinal 10 del art. 3 de la Directiva 2020/1828¹⁰³. Si la producción de un daño obliga, por aplicación de las normas generales del derecho de obligaciones y del derecho de daños, a su indemnización –es el sentido propio de resarcir– bajo el término de “resarcimiento” o de “acción resarcitoria” se contemplan otras posibles tutelas tipificadas de forma específica en el ámbito del consumo, como por ejemplo la reducción del precio (arts. 117.1, 119, 119 bis, 162 TRLGDCU) o la resolución del contrato (119 ter TRLGDCU).

Aunque el art. 829 LEC^{ALAR} vincula las acciones de representación con el perjuicio de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, no debe tomarse el concepto de interés colectivo mencionado en ese artículo en un sentido estricto. Las acciones de representación se prevén no solo como cauce para el logro de la tutela de un verdadero interés colectivo, de titularidad común e indivisible –como puede alcanzarse mediante las medidas de cesación que adopte una acción de representación– sino también para reparar con medidas resarcitorias el daño causado a una pluralidad de consumidores, por más que la actuación lesiva con una proyección múltiple se haya traducido en una multiplicidad de lesiones y no exista un interés propiamente común, sino concurrente en lograr la tutela de situaciones homogéneas¹⁰⁴.

A) LA HOMOGENEIDAD COMO CONDICIÓN PARA LA CERTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN RESARCITORIA

El artículo 847 LEC^{ALAR} condicionala posibilidad de sustanciación de la acción de representación resarcitoria a la “existencia de homogeneidad entre las pretensiones de los consumidores y usuarios afectados”. La redacción de este artículo no resulta muy afortunada, porque el trámite de “certificación” –en el que se decide la posibilidad de sustanciación de la acción de representación– no se evacua sobre el examen de una pluralidad de “pretensiones” de los consumidores

¹⁰³ Define la “medida resarcitoria” como “toda medida que obligue al empresario a proporcionar soluciones a los consumidores afectados, como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional”.

¹⁰⁴ La propia Directiva 2020/1828 define en su artículo 3 los intereses colectivos de los consumidores como “el interés general de los consumidores y, en particular a efectos de medidas resarcitorias, los intereses del grupo de consumidores”. La definición admite un carácter necesariamente indeterminado de los intereses colectivos, mientras que, en relación con las medidas resarcitorias, tales se intereses se circunscribe al de los consumidores afectados, con independencia de la facilidad en su determinación.

y usuarios afectados, sino de una única petición resarcitoria (letra *e*) del art. 844.1 LEC^{ALAR}).

Con algo más de precisión, el art. 847.2 LEC^{ALAR} señala que “se entenderá que existe homogeneidad cuando, en atención a la normativa sustantiva aplicable, resulte posible determinar la concurrencia de la conducta infractora, el daño colectivo cuyo resarcimiento se solicita y el nexo causal entre ambos sin necesidad de tomar en consideración aspectos fácticos o jurídicos que sean particulares a cada uno de los consumidores y usuarios afectados por la acción”.

La homogeneidad debe darse en los aspectos fácticos y jurídicos de tres elementos que deben concurrir en la determinación de la procedencia de la tutela resarcitoria: la apreciación de una conducta antijurídica, la efectiva producción de un daño que admite una medida reparadora –resarcitoria– y la existencia de un nexo causal entre aquella conducta y el daño producido. Hay algún otro elemento determinante de la procedencia de la tutela solicitada, como lo es la admisibilidad de la concreta tutela solicitada por el ordenamiento jurídico –lo que podría calificarse como su *accionabilidad*–, pero tal elemento no parece relevante para la admisibilidad de la acción, al menos, como tal acción colectiva. Cuestión distinta es que la pretendida acción colectiva se inadmita como manifiestamente infundada, como se establece en el art. 847.3 LEC^{ALAR}.

a) El daño colectivo

Conforme a la literalidad del artículo 847.2 LEC^{ALAR} debe producirse un daño colectivo. Este término no debe entenderse en un sentido restricto, de un daño no individualizable en los distintos afectados. Escaparían al ámbito de las acciones colectivas las actuaciones antijurídicas que han tenido una repercusión individualizada y masiva, que son precisamente los supuestos inicialmente regulados en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. El daño colectivo puede resultar de la agregación de los daños causados en cada consumidor y usuario, de igual modo, que las medidas reparadoras pueden admitir su individualización, por más que la pretensión formulada en la demanda sea una pretensión global de reparación.

La existencia del daño no debe ser probada en este momento de una forma definitiva y plena.

El art. 847.1 LEC^{ALAR} requiere que se acredite “de forma suficiente” la homogeneidad de las pretensiones de los consumidores y usuarios, por lo que debería presentarse una primera prueba indiciaria de la existencia de daños múltiples, pero en todo caso de naturaleza semejante en los afectados, aunque su incidencia

particular en intensidad, extensión o cuantía haya sido diversa. La certificación de la acción como colectiva no resultaría procedente –con el consiguiente sobreseimiento del proceso colectivo, si la naturaleza de los daños es heterogénea, esto es, de desigual naturaleza o género.

Adviértase que el art. 846.3 LEC^{ALAR} señala que la audiencia de certificación se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 443 LEC, es decir, conforme a la regulación de la vista del juicio verbal y, por lo tanto, con la posibilidad de proposición y práctica de la prueba.

En supuestos de daños materiales o físicos masivos, será necesario aportar indicios no encaminados a determinar de forma principal la entidad, intensidad o extensión del daño, sino simplemente su dimensión colectiva, en muchos casos múltiple o masiva, y homogénea. No existen criterios definitivos, pero resultará conveniente presentar un cierto cúmulo de partes de lesiones o informes médicos que manifiesten la semejanza de las lesiones o su común etiología, informes que presenten la reiteración de un mismo fallo mecánico en una serie de dispositivos... Puede haber casos en que el carácter masivo del daño constituya un hecho notorio, por su repercusión en los medios de comunicación, como puede ser la inmovilización de cientos de vehículos en una autopista ante circunstancias climáticas adversas.

Cuando la medida resarcitoria que se solicita es una consecuencia jurídica anudada a la declaración de nulidad o la rescisión de los negocios jurídicos perfeccionados entre los consumidores y usuarios afectados y el empresario o profesional demandado, habrá que acreditar la existencia de una multiplicidad de contratos de contenido semejante y la efectiva existencia de prestaciones que debieran restituirse. Por otra parte, la eventualidad de que la resolución de un contrato pueda comportar una responsabilidad por daños no parece que requiera en este momento su efectiva acreditación, sino tan solo su posibilidad, porque la determinación de estos daños tendrá una intensidad y extensión probablemente muy diversa.

El alcance de la prueba, en este momento, se circunscribe a determinar el carácter homogéneo y colectivo del daño, sin perjuicio de que la prueba de la intensidad o extensión del daño deba abordarse en un posteriormente momento. Evidentemente, toda la prueba documental y la pericial privada deberá aportarse con la demanda, con independencia de que la misma se utilice a los efectos de la “certificación” de la acción colectiva o, posteriormente, para la fijación de la existencia, intensidad y extensión del daño.

b) El nexo causal

El juicio de homogeneidad requiere la determinación de un nexo causal entre la conducta infractora y el daño. No basta acreditar indiciariamente la existencia de una multiplicidad de daños, sino que la existencia de los mismos debe vincularse causalmente a una conducta –activa u omisiva– del demandado. Así, por ejemplo, deberá acreditarse que una multiplicidad de partes médicas que acreditan una afección semejante la vinculan con la ingesta de un concreto alimento o con la administración de un determinado fármaco elaborados y distribuidos por una misma empresa. La letra c) del art. 844.1 LEC^{ALAR} exige la precisión de ese nexo causal en la demanda. A los efectos de la audiencia de certificación, no se trata de probar de forma plena la relación de causalidad entre el alimento o medicamento y la afección masiva, por más que los informes periciales de que quiera servirse el demandante para acreditar tal nexo deberían estar incorporados a la demanda: para “certificar” la acción colectiva sería suficiente la presencia de indicios de la existencia de una relación entre el consumo de aquel alimento o medicamento y la afección múltiple, que puede alcanzarse mediante la acreditación de que todos los afectados con parecidas lesiones consumieron el mismo producto o medicamento. A los efectos de la certificación no es necesario que quede acreditada de forma plena la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño que se afirma producido.

Puede haber casos en los que la simple acreditación del nexo causal sea suficiente para anudar, a la imputabilidad de la actuación dañosa, la responsabilidad, como sucede en los supuestos de responsabilidad del fabricante. En otros muchos casos, no solo hay que acreditar el nexo causal, es necesario que la actuación determinante del daño se haya producido con los parámetros normativos que determinan la existencia de responsabilidad: dolo, negligencia. Tales parámetros normativos deberán ponerse de manifiesto en la demanda, pero no corresponde a este momento procesal la acreditación, por ejemplo, de la concurrencia de una actuación negligente, sino solo la afirmación de la imputabilidad del daño si se probase –como se intentará llevar a cabo por el demandante– la existencia de hechos que, por ejemplo, muestran esa conducta negligente. Tales hechos se habrán afirmado ya en la demanda y, en sus fundamentos de derecho se habrán aducido las razones jurídicas que determinan la imputabilidad del daño y la procedencia de la medida resarcitoria. La certificación de la acción colectiva no puede descansar en una cumplida prueba de tales hechos determinantes del dolo o de la negligencia, pues supondría adelantar la valoración de la cuestión de fondo a este momento en el que se lleva a cabo una mera valoración de la procedencia de la acción colectiva.

No obstante, el demandado puede, en este momento procesal, negar la existencia de nexo causal o negar la concurrencia de los parámetros normativos determinantes de su responsabilidad. Cabe la denegación de la “certificación” de la acción colectiva cuando resulte manifiesta la falta de nexo causal o la concurrencia de los parámetros normativos determinantes de la responsabilidad (art. 848.3 LEC^{ALAR}). Es clara la voluntad del autor del anteproyecto de evitar la utilización abusiva del instrumento de las acciones de representación, de conformidad con la previsión del artículo 7.7 de la Directiva (UE) 2020/1828 que exige de los Estados la introducción de previsiones para “deseestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento”.

La fase de certificación sólo debe realizar un enjuiciamiento de los elementos determinantes de la posibilidad de iniciar una acción colectiva, pero, con flexibilidad, el tribunal puede rechazar la acción si resulta manifiesta su falta de fundamento.

c) La conducta infractora

La referencia a una conducta infractora permite superar la imprecisa referencia que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil hacía a un “hecho dañoso”. Los criterios interpretativos que he utilizado en otras ocasiones¹⁰⁵ para determinar su alcance pueden aplicarse aquí con mayor propiedad, dado el tenor del art. 847.2 LEC^{ALAR}.

Debe tratarse de una única conducta infractora del empresario o profesional que ha tenido una proyección masiva. Esta conducta se da en supuestos de prestación simultánea e indiferenciada del servicio a los consumidores y usuarios: así sucede en los daños ocasionados en un transporte colectivo o en una redifusión de datos cuando el servicio no se presta.

Así, cabe reconducir a la misma conducta infractora la responsabilidad del transportista por el incumplimiento de la obligación de transporte colectivo frente a una pluralidad de viajeros que habían adquirido un billete para un concreto recorrido. La pluralidad de relaciones jurídicas no impide hablar de una única conducta. Efectivamente sería distinta la conducta que determinase la falta de realización de otro recorrido en el mismo o distinto medio de transporte de la misma empresa si las causas de la falta de prestación del servicio o de su prestación defectuosa fuesen distintas. Una avería en el primer caso, un retraso exce-

¹⁰⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Los retos de la Justicia civil ante los litigios en masa” en *logros y retos de la justicia civil en España*, Valencia, 2023 (en prensa) pp. 280 y ss.

sivo en el segundo. En cambio, por más que se tratase de distintos recorridos o distintos medios de transporte, la conducta sería la misma si la falta de prestación del servicio pudiera reconducirse a una misma causa, como, por ejemplo, si la empresa suspende unilateralmente la prestación del servicio.

La caída del servicio de redifusión de datos constituiría una única conducta por más que las obligaciones de la operadora surjan de una multiplicidad de contratos y exija una específica actividad de cumplimiento respecto de cada usuario. En la medida en que aquella caída del servicio responda a una misma causa, la conducta mantiene su identidad, aunque la incidencia de la falta de prestación en cada usuario haya podido ser distinta. Evidentemente, el elemento común a todos los daños es la falta de prestación del servicio y habría que determinar, en el proceso judicial, si esa falta de prestación genera una responsabilidad en atención a los elementos normativos determinantes de la responsabilidad, como el dolo o la negligencia.

Ahora bien, cuando la prestación se realiza de forma diferencial, en cada uno de los destinatarios del servicio, o de forma no simultánea, es difícil mantener la existencia de una única conducta. Son casos en los que la actividad de distribución de bienes y prestación de servicios se articula aquí también en una pluralidad de contratos, pero a diferencia del caso anterior, también en una multiplicidad de actos de cumplimiento [pretendidamente] inadecuado de las obligaciones asumidas.

Pues bien, la continuidad de la prestación en el tiempo, sin interrupciones relevantes, permite entender tal actividad continuada como una unidad. En la medida en que pueda mantenerse la existencia de un común origen de los daños en un mismo proceso productivo o de distribución de bienes y servicios, sin alteraciones sustanciales, cabe considerar que la pluralidad de actos se podría reconducir a una unidad suficiente para permitir el enjuiciamiento unificado de la responsabilidad por los daños que hayan podido ocasionarse a los consumidores y usuarios.

La distribución de un producto defectuoso ocasiona sin duda un daño masivo a una multiplicidad de consumidores de ese producto y su fabricación y distribución pueden ser considerados una única conducta infractora siempre y cuando sea posible reconducir la multiplicidad de bienes defectuosos a un mismo lote o proceso de producción y con independencia de que el daño tenga una distinta incidencia en cada consumidor por sus propias circunstancias o la utilización o uso que haya hecho del producto defectuoso.

En estos casos, en los que hay una prestación diferenciada, cabe reconducir la decisión de la responsabilidad del empresario o profesional a un único pronunciamiento, si las situaciones jurídicas que han determinado la prestación son homogéneas.

En cambio, cuando la causa del daño, aun producida por un mismo sujeto, no responda a un único proceso productivo o de distribución de bienes y servicios, sino a procesos sustancialmente diversos de producción o distribución de bienes y servicios, por más que puedan considerarse semejantes –de igual género–, la tutela colectiva resulta inadecuada porque no es posible determinar la responsabilidad en un único pronunciamiento. Si la producción se ha llevado a cabo en diversos lotes o series, cabe exigir responsabilidad por los daños producidos por los productos que se han puesto en el mercado o los servicios que se han prestado en un periodo de tiempo siempre que no haya habido variaciones sustanciales en el proceso de producción de bienes o de prestación de servicios.

La homogeneidad requerida exige reconducir a un mismo patrón de conducta, ya se trate de un acto único más o menos prolongado en el tiempo, o a una reiteración de actos semejantes, las circunstancias determinantes de la responsabilidad por las consecuencias dañosas causalmente producidas y, por lo tanto, la procedencia de las medidas reparatorias, reparadoras o resarcitorias del daño que, con carácter global se solicitan. Puede ocurrir que esas medidas reparatorias se anuden a una previa declaración de nulidad o a la rescisión de los contratos perfeccionados por el empresario o profesional con una pluralidad de consumidores o usuarios, pero en los que el factor determinante de la ineficacia del negocio pueda reconducirse a un mismo acto o a un mismo patrón de conducta del empresario o profesional.

La pretensión global única puede posteriormente diversificarse en medidas resarcitorias de desigual extensión en función del daño efectivamente padecido en cada consumidor o usuario. El factor relevante que permite la formulación de una única pretensión colectiva de contenido resarcitorio reside, de modo principal, en la posibilidad de llevar a cabo un enjuiciamiento único de aquel patrón de conducta determinante, por aplicación de una misma norma jurídica, de la responsabilidad del empresario o profesional. A tal fin, en el auto de “certificación” de la acción colectiva “el tribunal determinará la conducta o conductas infractoras, de entre las aducidas en la demanda, a las que se ha de ceñir, en su caso, la acción de representación resarcitoria” (art. 848.1 LEC^{ALAR}).

La exclusión de una conducta infractora no puede obedecer a la improbabilidad de su existencia –pues supondría adelantar el enjuiciamiento que debe

llevarse a cabo en el acto de juicio, con anterioridad al momento, por tanto, de valoración de la prueba ya propuesta y que pudiera posteriormente proponerse—. La exclusión del enjuiciamiento de determinadas conductas en el proceso colectivo obedecerá bien a su falta de repercusión colectiva bien a la heterogeneidad de las conductas del demandado que han determinado una multiplicidad de daños. Si la conducta infractora no puede reconducirse a un único acto o patrón de conducta, la acción colectiva resulta improcedente.

Por otra parte, aunque los daños respondan a un único acto o patrón de conducta, si su alcance en cada consumidor resulta muy heterogéneo la acción colectiva puede resultar también inadecuada. Se producirá esta situación cuando haya un patrón de conducta inicialmente común, pero que se ha diversificado posteriormente en actuaciones con una trascendencia y repercusión notablemente diversa en cada consumidor. Si en lugar de ejercitarse una acción colectiva, se hubiese instado por cada afectado la reparación del daño, el intento se materializaría en pretensiones dinerarias de cuantía e incluso contenido diferente. Mientras las diferencias sólo supongan alteraciones accidentales en la cuantificación del daño, podrá certificarse la acción como colectiva. Cuando esas variaciones sean de notable entidad en la mayoría de los afectados, la acción colectiva puede no resultar adecuada para ofrecer una solución rápida y eficaz a los afectados.

B) LA DETERMINACIÓN DE LOS AFECTADOS EN LA CERTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA.

En el Anteproyecto de Ley de acciones de representación se prescinde de la diferenciación introducida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre grupos determinados o indeterminados de consumidores y usuarios afectados por un mismo hecho dañoso. Y también se prescinde de la terminología acuñada para distinguir, en función de la posibilidad o facilidad de determinación de los afectados, entre intereses colectivos y difusos¹⁰⁶.

No obstante, la determinabilidad de los afectados por el hecho dañoso no es un factor irrelevante. Al contrario, sigue estando presente en el articulado del Anteproyecto: el art. 848.1 LEC^{ALAR} impone al tribunal el deber, siempre que sea posible, de la determinación de los consumidores y usuarios que se verán afectados por la acción de representación en el propio auto en el que se certifica la

¹⁰⁶ Las categorías de intereses colectivos y difusos subsisten en los artículos 11 bis y 11 ter LEC. El legislador no quiere abordar una reforma global de los instrumentos de tutela colectiva en el ámbito civil y la pervivencia de la noción de intereses difusos en el cuerpo de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituye un factor distorsionante en la interpretación de la Ley.

acción colectiva; a tal fin, el art. 838.1 LEC^{ALAR} prevé la posibilidad de ordenar las diligencias de acceso a fuentes de prueba en poder del demandado o de un tercero que sean precisas para determinar la identidad de los consumidores y usuarios afectados; finalmente, el artículo 860 LEC^{ALAR} establece que “la sentencia estimatoria (...) determinará los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por ella, teniendo en cuenta lo dispuesto en el auto de certificación y, en su caso, en el auto aprobando la relación de consumidores que han optado por desvincularse de la acción o, cuando proceda, por vincularse a ella”.

Hay una primera determinación de los consumidores afectados que debe llevarse a cabo en el auto de certificación. “En caso de que su identificación individualizada no resulte posible, establecerá el tribunal las características y los requisitos que deban concurrir en ellos para considerarse beneficiarios de la sentencia estimatoria que pudiere dictarse o del acuerdo resarcitorio que pudiere aprobarse” (art. 848.1 LEC^{ALAR}). La indeterminación no impide la vinculación de los consumidores a la sentencia que resuelva la acción colectiva, si bien el alcance de esa vinculación vendrá a su vez determinado por el sistema de adhesión o autoexclusión que se acuerde en el auto de certificación.

La determinación definitiva se efectuará en la sentencia de modo que su eficacia alcance a todos aquellos que han resultado afectados de forma homogénea por un mismo patrón de conducta del empresario o profesional demandado. Tal determinación no es una limitación del alcance de la acción colectiva, sino una identificación de los afectados. De ser posible, la sentencia fijará la cantidad que debe abonarse a cada uno de ellos y el plazo en que debe llevarse a efecto, con imposición de multas coercitivas en caso de que se produzca un retraso (apartados 2 y 3 del art. 860 LEC^{ALAR}). En cambio, si la identificación no resulta posible, “la sentencia establecerá las características y requisitos necesarios para poder beneficiarse de sus pronunciamientos” y la cantidad en que, según las estimaciones del tribunal, “ha de cifrarse el importe máximo de las sumas que deberían abonarse a los consumidores y usuarios afectados” (art. 860.4 LEC^{ALAR}). El abono se llevará a cabo por la entidad habilitada que hubiera ejercitado la acción colectiva y podrá solicitarse un incremento de la condena si con posterioridad se advirtiese que la cantidad fijada resultó insuficiente (art. 860.5 LEC^{ALAR}).

En el régimen actualmente vigente, la determinabilidad de los afectados condiciona el régimen de legitimación para el ejercicio de la acción y, sobre todo, la posibilidad de intervención de los consumidores afectados para hacer valer su derecho o interés individual, según establece el artículo 15 LEC. El anteproyecto

prevé dejar este precepto sin contenido¹⁰⁷ y el artículo 831.3 LEC^{ALAR} expresamente señala que “los consumidores y usuarios no podrán intervenir en el proceso en que se ejercite una acción de representación resarcitoria”.

En la doctrina¹⁰⁸ se había señalado que la exclusión de intervención del artículo 15.4 LEC presentaba “graves problemas de dimensión constitucional”. La afirmación resultaría excesiva si se tratase de acciones de cesación en las que se tutelan intereses colectivos en los que no hay una exclusiva titularidad del interés

¹⁰⁷ El autor del anteproyecto, sin embargo, nada ha previsto en relación con la previsión del artículo 13.1 LEC, que contraría claramente la intención de la reforma y cuyo tenor literal es el siguiente: “Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos”.

Siempre he considerado que el artículo 15 LEC concretaba la forma en que se llevaba a cabo la intervención de los consumidores y usuarios prevista en el artículo 13 LEC, pero para un considerable número de autores, el artículo 13 LEC permite en todo caso tal posibilidad de intervenir, al margen de las previsiones del artículo 15 LEC y en especial de su apartado 4, *cfr.* VALLESPÍN PÉREZ, D., “La intervención de terceros en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios” en *Práctica de Tribunales*, 132, mayo-junio 2018, p. 6; SANDE MAYO, M^a. J., *Las acciones colectivas... cit.*, p. 176; BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal... cit.*, pp. 66, 67 y 70 y “Publicidad e intervención... *cit.*”, p. 230; ARMENGOT VILAPLANA, A., *Hacia una reconstrucción...* , p. 160; SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Intervención de terceros en el proceso civil español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 209.

En todo caso, me parece que, de aprobarse el anteproyecto con la redacción actual, el precepto contenido en el artículo 831.3 LEC^{ALAR}, como norma especial y posterior prevalecería sobre la regla general del artículo 13.1 LEC.

Conforme a una interpretación sistemática podría entenderse que las posibilidades de intervención que el artículo 13 LEC otorga a consumidores y usuarios se limitan a los procesos civiles que, al margen de lo establecido en el Título IV del Libro IV LEC pudieran iniciar las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa, por ejemplo, de los intereses de sus asociados, mediante una acumulación de acciones en las que las asociaciones actuasen en virtud de un mandato representativo de sus asociados. En cambio, cuando el proceso iniciado fuese para la sustanciación de una acción de representación, no digamos cuando se trate de una acción de cesación, la aplicación del artículo 13 LEC queda fuera del lugar en tanto que se trata de una norma concebida para un proceso no colectivo, por cuanto permite la formulación de pretensiones y, en el ámbito de los procesos colectivos tales pretensiones solo pueden ser formuladas por las entidades habilitadas.

Sería recomendable una modificación del artículo 13 que suprimiese la referencia específica a la intervención de consumidores y usuarios o que matizase su alcance.

¹⁰⁸ BELLIDO PENEDÉS, R., “La protección de los consumidores en el proceso civil” en *RGDPro* 23, 2011, p. 27. Para este autor, *op. cit.*, p. 28, la norma no puede aplicarse en los casos en que se acumule a la acción de cesación otra de contenido resarcitorio y defiende, p. 29, que en los casos en que no se publicite la interposición de la demanda colectiva “no debe aplicarse la eficacia *ultra partes* de la sentencia en perjuicio del concreto consumidor afectado”, *op. cit.*, p. 29.

en cada consumidor y que pueden corresponder a grupos de carácter permeable. En el caso de las acciones de representación de contenido resarcitorio, aunque se admitieran los anteriores planteamientos¹⁰⁹ y objeciones, la constitucionalidad de la reforma quedaría salvada en la medida en que se regula un sistema de publicidad de la interposición de la acción colectiva, así como la posibilidad de desvinculación o adhesión al resultado del proceso.

C) LA VINCULACIÓN DE LOS CONSUMIDORES AFECTADOS A LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN RESARCITORIA.

a) La exclusión de toda intervención y la admisión de acciones individuales

La principal característica del nuevo procedimiento se encuentra en la exclusión de cualquier tipo de intervención de los consumidores, para defender su derecho e interés, en el proceso en que se encauza una acción de representación. Pero la exclusión de la intervención no supone la irrelevancia de la voluntad de los afectados respecto de la acción colectiva: los consumidores podrán manifestar su voluntad de excluirse de los efectos de la acción ejercitada o bien podrán manifestar su adhesión.

La medida de exclusión de la intervención resulta congruente con el principio que inspira el diseño de las acciones colectivas: obtener una rápida respuesta jurisdiccional en aquellos casos en que una conducta de un empresario o profesional ha tenido una repercusión masiva y en los que es difícil esa rápida respuesta con la presencia de todos los afectados en el proceso jurisdiccional. La acción colectiva proporciona una respuesta única que evita el colapso judicial. Además, facilita el acceso a la justicia de aquellos consumidores que carecen de recursos para el ejercicio de una acción individual o para quienes la desproporción entre los costes de un proceso individual y el valor de la tutela pretendida acabaría por

¹⁰⁹ Esta misma idea ha sido mantenida por otros autores. Así, COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Madrid, Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 47, señala que el régimen de acciones colectivas español que no prevé la posibilidad de desvinculación de los consumidores en los procesos en que se reclame una tutela del daño ocasionado de forma masiva comporta una “clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE”. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y Derecho europeo... *cit.*”, p. 715, considera que en la regulación vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer un sistema de “tutela colectiva obligatorio, al que solo es posible escapar a través de una intervención singular en el proceso colectivo encaminada a defender la pretensión propia, pero que no contempla como opción la desvinculación (...) puede suscitar dudas desde el punto de vista constitucional, pues sustrae a los consumidores afectados toda capacidad de decisión acerca de su esfera jurídica”.

retraerles del ejercicio de la acción. La acción colectiva actúa como un elemento de disuasión (*deterrence*) de infracciones que, produciendo perjuicios, no darían lugar a reclamaciones por el reducido monto de la tutela resarcitoria en cada consumidor afectado, aunque el daño causado por su extensión y cuantía global pudiera alcanzar cifras muy elevadas.

La exclusión de la intervención de los consumidores o la restricción de la legitimación a determinadas asociaciones y entidades no supone una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que a cada consumidor corresponde, en la medida en que estos siguen conservando la posibilidad del ejercicio de su acción individual¹¹⁰. La acción colectiva no supone una expropiación de derechos, sino por el contrario, una forma de tutela alternativa a aquella que cada consumidor puede lograr mediante el ejercicio de una acción individual. Desde este punto de vista, constituye un mecanismo de facilitación del acceso a la justicia. Sólo una visión parcial y pegada al procedimiento priva de la perspectiva necesaria para advertir las ventajas que su introducción supone al justiciable.

El artículo 853 LEC^{ALAR}, al regular los efectos del auto de certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento, no establece su paralización hasta la resolución de la acción colectiva, sino tan solo una suspensión por diez días para que, en ese plazo, el consumidor que hubiese ejercitado una acción individual pueda vincularse a la acción de representación con sobreseimiento del proceso individual ya iniciado. Si el consumidor rechaza esa vinculación o no responde en el plazo señalado por el tribunal, éste deberá ordenar que el proceso individual siga su curso, en paralelo al proceso colectivo y sin que el consumidor individual quede vinculado por la acción colectiva.

De igual modo, una vez dictado el auto de certificación, la interposición de “una demanda en ejercicio de una acción resarcitoria individual cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación” comportará la desvinculación del consumidor demandante respecto de la acción colectiva, según establece el número 4 del art. 853 LEC^{ALAR}.

¹¹⁰ Adviértase la diferencia entre el régimen del concurso de acreedores, que regula una acción colectiva para la tutela de los acreedores, con el régimen de la acción colectiva en materia de consumo. La declaración de concurso determina la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de todas las reclamaciones frente al concursado (art. 52 TRLC), impide el ejercicio de acciones declarativas y ejecutivas y paraliza las acciones ejecutivas que contra este se estuviesen siguiendo y las declarativas, en el momento en que se alcance sentencia (arts. 136 y ss. y 142 y ss. TRLC).

No obstante, superado el plazo fijado en el auto de certificación de la acción colectiva, para que los consumidores manifiesten su voluntad de no quedar vinculados al resultado de la acción colectiva, “no podrán ejercitarse acciones resarcitorias individuales cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación” (art. 853.5 LEC^{ALAR}). La vinculación al resultado de la acción colectiva de los consumidores que hubiesen permanecido inactivos es, a partir de ese momento, total.

Indudablemente esta vinculación es una manifestación de colectivización de la tutela jurisdiccional en la medida en que aquella tutela que el consumidor podía alcanzar individualmente queda asumida en una acción representativa, configurada en el anteproyecto como una acción colectiva, en sentido propio. La falta de reacción tempestiva frente al intento de colectivización que comporta la certificación de la acción acaba por limitar las posibilidades de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que le corresponde. Es una limitación real que responde a las directrices comunitarias.

La Directiva (UE) 2020/1828, en relación con las acciones representativas para instar medidas resarcitorias, establece que no podrán producir una incondicionada vinculación de los consumidores a la sentencia que resuelva la acción colectiva y, en tal sentido, su artículo 9.2 impone que los Estados miembros regulen “la manera y fase” en que “los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente, su voluntad (...) de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación”¹¹¹. La Directiva respecto de las acciones de representación de contenido resarcitorio no impone un sistema de adhesión (*opt in*) ni opta por el de autoexclusión (*opt out*): simplemente exige de los legisladores nacionales la opción por uno u otro sistema. No obstante, los consumidores afectados que no residan habitualmente en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca de la acción de representación, sólo quedarán afectados por la sentencia que la resuelva si han manifestado de forma expresa su adhesión a la acción (art. 9.3 Directiva 2020/1828). Así lo recoge el anteproyecto, en la redacción que propone dar al nuevo artículo 848.4 LEC^{ALAR} en relación con los consumidores y usuarios residentes fuera del territorio español.

¹¹¹ La referencia a la voluntad de ser representados por la entidad habilitada parece partir de que su actuación es una estricta representación, cuando en realidad constituye el ejercicio de una acción en nombre propio, pero en interés de todos los consumidores afectados, salvo que se desvinculen de la acción. El precepto es excesivamente prolijo y escasamente técnico.

b) La regla general de la posibilidad de desvinculación respecto de la acción de representación y sus excepciones.

Respecto de los residentes en España, el principio general por el que se ha optado en el anteproyecto será el de su vinculación a la sentencia que resuelva la acción colectiva, salvo que manifiesten de forma expresa su voluntad de desvincularse de la acción colectiva y del resultado del proceso (art. 848.2 LEC^{ALAR}), es decir, un sistema de *optout*.

En cambio –como acabamos de ver– los consumidores afectados que tuvieran su residencia fuera de España, sólo quedarán vinculados al resultado del proceso en que se ejercitara la acción representativa de contenido resarcitorio si hubieran manifestado “su voluntad expresa de vincularse a aquella y, en consecuencia, al resultado del proceso” (art. 848.4 LEC^{ALAR}), es decir, un sistema de *opt in*.

El anteproyecto, sin embargo, ha acogido –para los consumidores residentes en España– la postura de algunos autores que abogaban por la adopción de un sistema de adhesión (*opt in*) cuando la reparación superase un determinado umbral cuantitativo¹¹². Así el apartado 3 del art. 848 LEC^{ALAR} establece que “de forma excepcional, podrá acordar el tribunal que solo habrán de quedar afectados por la acción de representación resarcitoria aquellos consumidores y usuarios que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a aquella y, en consecuencia, al resultado del proceso”. Esta posibilidad –en su excepcionalidad– queda sometida además a dos condiciones: que resulte necesaria para una buena administración de justicia y que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento a cada afectado supere los 5000 euros.

La doctrina norteamericana ha destacado que cuanto mayor es la cuantía de la reparación crece el interés de los consumidores afectados en asumir protagonismo en la llevanza del proceso y, por lo tanto, tienden a desvincularse de las

¹¹² SANDE MAYO, M^a. J., *Las acciones colectivas... cit.*, pp. 238-239; GARNICA, FERRERES, DÍEZ-PICAZO, AGUILERA, ““Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en *Diario La Ley*, n^o 9938, 22 de octubre de 2021, pp. 6 y 7 si bien solo en relación con ciertas materias como defensa de la competencia, defraudaciones en fluido eléctrico y responsabilidad extracontractual. Se adhiere a esta propuesta, AGUILERA MORALES, M., “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828” en *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79 (abril-septiembre 2021), p. 120. Para MORENO GARCÍA, L., “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020” en *Revista de Derecho Mercantil*, 13 de abril de 2023, apartado 3.2 [consultado en versión electrónica], debe dejarse en manos del juez, de forma flexible, optar por uno u otro.

acciones colectivas¹¹³. Por otra parte, la justificación de la misma existencia de la acción colectiva en la necesidad de facilitar el acceso al proceso ante los costes elevados, en relación con la cuantía de la reparación que se espera alcanzar, se debilita cuando el consumidor puede asumir ese coste en razón de que la medida resarcitoria alcance un alto importe.

Sucede que un sistema de adhesión puede resultar problemático en función del momento en que se decida la sustanciación de una pretensión como una acción colectiva. Si es al inicio del proceso, probablemente las adhesiones sean reducidas, ante el carácter incierto del resultado del propio proceso y la agudización de esa incertidumbre ante la pérdida de todo control sobre la pretensión resarcitoria por el consumidor individual. En el caso de reclamaciones de cuantía elevada la certificación de una acción colectiva y la fijación de un plazo para formular adhesiones no servirá para reducir la litigiosidad y quien más experimentará las consecuencias perjudiciales de este sistema será el propio demandado que quedará expuesto, en caso de que la sentencia sea estimatoria, a un goteo de pretensiones¹¹⁴.

Además, un sistema de adhesiones no permite una solución definitiva a una situación litigiosa masiva, por cuanto que el artículo 862 LEC^{ALAR} limita la eficacia de cosa juzgada de esta sentencia a los consumidores y usuarios que hayan expresado su voluntad de verse afectados por el resultado de la acción.

Efectivamente, la “certificación” de la acción colectiva para ser tramitada bajo un sistema de adhesiones (*opt in*) limita su alcance a las adhesiones que efectivamente se lleven a cabo. Si la acción pudo formularse con una pretensión

¹¹³ ISSACHAROFF, S. “Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience” en *34 Tex. Int'l L.J.*, 135, 1999, pp. 149 y ss.

¹¹⁴ Cabría pensar que resultaría más adecuado, en caso de acogerse el sistema de adhesiones a la acción colectiva, que estas adhesiones se produjesen una vez dictada la sentencia de condena. Así lo prevé el artículo L623-8 del *Code de la consommation* francés: “*Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d’obtenir la réparation*” Pero las ventajas son mínimas y los inconvenientes considerables. Efectivamente, dictada una sentencia de condena, los consumidores podrían acogerse al pronunciamiento favorable, sin embargo, dictada una sentencia absolutoria, solo impediría un goteo de pretensiones un pronunciamiento con una fundamentación muy contundente. Si el importe de las reclamaciones pudiese ser elevado, es posible que se ejerciten nuevas acciones, ante la esperanza de obtener un pronunciamiento de condena, por más que pueda parecer improbable tras una sentencia colectiva absolutoria. Que sea improbable, no significa que sea imposible, porque no existe vinculación entre la sentencia colectiva y los pronunciamientos que posteriormente pudieran recaer en procesos iniciados por consumidores que no se adhirieron a la acción colectiva.

global, como una acción colectiva en sentido propio, la adopción de la excepcional decisión que el art. 848.3 LEC^{ALAR} permite transforma la acción ejercitada en una acción que solo en sentido impropio puede seguir siendo considerada como tal acción colectiva. La congruencia de la sentencia no puede determinarse ya en relación con la “concreta petición resarcitoria” que, conforme a la letra e) del art. 844.1 LEC^{ALAR}, en su día formulara la demandante, sino con el alcance que comporte la agregación de pretensiones que resulte de las adhesiones al resultado del proceso. Tal sistema resulta inconveniente –insísimos– sobre todo para el demandado. Si la sentencia estima la existencia de un comportamiento anti-jurídico determinante de responsabilidad, creará un efecto llamada de reclamaciones individuales y en función de su número puede producirse una situación de colapso. El demandado se encontrará ante la necesidad de responder a una multiplicidad de frentes. Téngase en cuenta, además, que el ejercicio de la acción colectiva habrá ampliado el plazo de prescripción de la acción individual¹¹⁵.

¹¹⁵ El artículo 832 LEC^{ALAR}, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Directiva (UE) 2020/1828, establece que el ejercicio de una acción de representación, sin especificar si es de cesación o resarcitoria, suspenderá los plazos de prescripción de las acciones que competan a los consumidores y usuarios afectados para obtener el resarcimiento de los daños padecidos. Adviértase, además, que se trata de una suspensión del plazo, por más que sea un plazo de prescripción. El artículo 16 de la Directiva (UE) 2020/1828 no exige la suspensión, sino que permite a los Estados miembros establecer la interrupción o suspensión del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones individuales. Parece que el autor del anteproyecto ha optado por entender que el ejercicio de la acción colectiva no interrumpe los plazos de prescripción, sino que tan solo los suspende.

En el caso de que el auto de certificación haya fijado un plazo para que los consumidores puedan desvincularse la acción colectiva, el artículo 853.5 LEC^{ALAR} establece –como hemos señalado anteriormente– que una vez transcurrido aquel no podrán ejercitarse ya esas acciones individuales. Advierte GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves...” *cit.*, p. 12, que “el ejercicio de una acción colectiva resarcitoria que resulte certificada en modo *opt-out* (la regla general) acaba determinando, una vez cerrado el plazo para ejercer la facultad de exclusión, la preclusión al ejercicio de acciones individuales comprendidas en su ámbito; así, por mucho que se hubiera suspendido el plazo de prescripción, una eventual falta de ejercicio separado será imposible llegado un cierto punto, aunque no sea ya por prescripción”. Ahora bien, para el consumidor que se hubiese desvinculado oportunamente, debe entenderse que el plazo de prescripción de su acción individual que estaba suspendido debiera reanudarse en ese momento, o en el de expiración del plazo para desvincularse, y no parece que tal suspensión debiera mantenerse hasta la finalización del proceso en que se conoce de la acción colectiva, pues tal acción no le va a vincular ya, como consecuencia de su desvinculación. La afirmación que acabamos de hacer no es segura, porque no precisa el artículo 832 LEC^{ALAR} en qué momento debe alzarse la suspensión del plazo de prescripción.

La regla del artículo 853.5 LEC^{ALAR} se excluye expresamente, en el segundo párrafo de ese apartado 5, cuando el tribunal haya acordado, en la certificación de la acción, que esta sólo vinculará a los acreedores que se adhieran de forma expresa. Para estos casos, tampoco precisa

En conclusión, la sustanciación de la acción de representación en la que se acuerde un sistema de adhesiones para determinar la vinculación de los afectados al resultado del proceso muda la acción colectiva en una mera agregación de pretensiones de tutela, por más que esas pretensiones no sean formuladas por los afectados –que no pueden intervenir en el proceso– sino por la entidad legitimada.

No sucede así en el caso en que se permita la autoexclusión del proceso. También la congruencia de la sentencia colectiva, en el caso en que opere un sistema de desvinculación de afectados (*optout*) deberá delimitar el alcance y extensión de la pretensión formulada como colectiva en atención al auto que establece

el artículo 832 LEC^{ALAR} en qué momento debe alzarse la suspensión del plazo de prescripción. Parece lógico que el plazo de prescripción suspendido se reanude a partir del momento en que venza el plazo para adherirse a la acción colectiva. Resulta excesivo entender que el mismo se mantiene en suspenso mientras no recaiga sentencia definitiva en un proceso colectivo al que el consumidor ya no puede adherirse y que, en ningún momento, le ha impedido el ejercicio de su acción individual.

Sucede que el artículo 832 LEC^{ALAR} se encuentra entre las disposiciones comunes del Capítulo I, del nuevo Título IV, del Libro IV de la LEC y que, por lo tanto, se aplicará tanto a las acciones colectivas de representación, como de cesación. Ejercitada una acción colectiva de cesación, la suspensión del plazo de prescripción de las acciones individuales debe entenderse que se mantiene mientras no se resuelva la acción de cesación. No se vislumbra otra solución. Si la acción colectiva de cesación se acumula a una acción colectiva de representación, ciertamente, los consumidores podrán desvincularse –o no adherirse– a la acción colectiva de representación, pero el plazo de prescripción de las acciones individuales se mantendrá en suspenso mientras no se resuelva la acción colectiva de cesación.

Si la anterior conclusión es correcta, parece que debe mantenerse el mismo régimen respecto de las acciones colectivas de representación cuando no se les acumule una acción colectiva de cesación, de modo que la reanudación del plazo de prescripción de las acciones individuales se producirá cuando finalice el proceso en que se conoce de la acción colectiva de representación por medio de una resolución firme.

Seguramente, cabría mantener un distinto régimen en relación con el momento de alzamiento de la suspensión del plazo de prescripción en función a que obedeciese a la interposición de una acción colectiva de cesación o de representación. Quedaría vinculado al momento en que recaese una resolución firme sobre la primera o –de no acumularse la acción colectiva de cesación a la acción colectiva de resarcimiento– al momento en que transcurriese el plazo de desvinculación o adhesión a la acción colectiva respecto de la segunda. En los casos de acumulación de acciones colectivas de cesación y de representación, al adaptarse la acción colectiva de cesación al procedimiento señalado para la acción colectiva de representación, parece que la reanudación del plazo de prescripción de las acciones individuales se produciría conforme a lo señalado para la acción colectiva de resarcimiento.

La parquedad de la regulación normativa proyectada no permite ninguna conclusión definitiva y lo más probable es que los tribunales entiendan que la reanudación del plazo se produzca con la resolución firme que ponga fin a la acción colectiva. Esta medida supone una considerable dilatación del plazo de prescripción de las acciones de reclamación individuales en el caso en que se interponga una acción colectiva.

la relación de consumidores que han optado por autoexcluirse de la acción de representación (art. 856.4 LEC^{ALAR} en relación con el art. 860 LEC^{ALAR}). No obstante, la modulación de la relación de congruencia que la sentencia pueda experimentar en atención a las desvinculaciones producidas no muda su naturaleza de acción colectiva: la extensión de cosa juzgada se produce respecto de todos los afectados que no hayan manifestado su voluntad de desvincularse sin que afecte a dicha extensión la falta de identificación de los afectados de manera individualizada que hubiera podido producirse en el auto de certificación o incluso en la propia sentencia¹¹⁶. La inactividad de los consumidores afectados no impide que se extienda a ellos la eficacia de la sentencia. Su determinación o identificación no es una condición para tal extensión¹¹⁷. Adviértase que toda ulterior acción individual que pretenda dirigirse contra el mismo demandado en razón del mismo patrón de conducta que ha determinado la acción colectiva quedará excluida por el efecto de cosa juzgada, salvo que se acredite que se formuló tempestivamente una manifestación de autoexclusión. Las identidades subjetivas del objeto enjuiciado vendrán constituidas, por el empresario o profesional demandado y el colectivo de consumidores afectados que no se hubiera autoexcluido¹¹⁸.

Mediante este régimen se logra dar respuesta a la situación litigiosa masiva con un pronunciamiento que cierra definitivamente toda ulterior reclamación frente al empresario o profesional, sin perjuicio de las acciones individuales que pudieran ejercitarse en razón de la autoexclusión realizada por los consumidores en el plazo fijado por el tribunal. Estas acciones individuales pendientes quedarán identificadas en el propio proceso colectivo aun cuando los posibles afectados inicialmente fuesen de difícil determinación. Mediante un sistema de *optoutse* logra un resultado útil para el demandado, que consistirá en la fijación definitiva de su responsabilidad que excluirá todo ulterior “goteo” de pretensiones o, al menos, en un número previsible y determinado por las autoexclusiones.

¹¹⁶ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves...” *cit.*, p. 12.

¹¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves...” *cit.*, p. 12 sostiene en relación con la redacción del artículo 862 LEC^{ALAR} que “se rechaza con ello la confusa jurisprudencia que había sentado nuestro Tribunal Supremo en interpretación del vigente artículo 222 LEC, en virtud del cual solo los consumidores identificados en la sentencia se verían afectados por la cosa juzgada”.

¹¹⁸ Cuál fuera la entidad habilitada que hubiera interpuesto la demanda resulta a estos efectos indiferente. En este sentido el artículo 862.2 LEC^{ALAR} mantiene el efecto de cosa juzgada de la sentencia sobre una posterior reclamación si tiene el mismo objeto “aunque se haya interpuesto por un demandante diferente”.

c) La inadmisibilidad de una segunda acción colectiva (art. 862.2 LEC^{ALAR}) no es consecuencia del efecto excluyente de cosa juzgada.

En los casos de una acción de representación certificada en los términos del art. 848.3 LEC^{ALAR} (*opt in*), si la cosa juzgada sólo se extiende a los consumidores que expresaron su voluntad de verse afectados por el resultado de la acción, podría pensarse que es posible una ulterior acción de representación, en tanto que su situación no fue decidida por la acción anteriormente resuelta por sentencia firme.

Evidentemente, los consumidores residentes en otro Estado miembro podrán verse vinculados por las acciones de representación que se ejerciten en ese Estado, en la medida en que no se han adherido a la acción de representación ejercitada en España¹¹⁹. Esta solución podría considerarse trasladable a los consumidores residentes en España en relación con una previa acción de representación ejercitada en España a la que no se adhirieron. Como veremos a continuación, no es así.

Evidentemente, si en una acción de representación –no certificada conforme al art. 848.3 LEC^{ALAR}– no se produce ninguna autoexclusión de consumidor alguno, el objeto de una segunda acción de representación, frente al mismo empresario o profesional en razón de la misma conducta antijurídica, comportaría una total identidad de objeto que excluiría la segunda acción colectiva en razón de la eficacia excluyente de la cosa juzgada. De igual modo, una ulterior acción individual ejercitada por un consumidor que no se ha autoexcluido de la acción de representación debe entenderse que queda alcanzada por el efecto de cosa juzgada de la sentencia que decidió la acción de representación. Esta, aunque se trate de una acción colectiva en sentido propio, lleva a cabo una colectivización de las acciones individuales que quedan decididas de modo definitivo.

¹¹⁹ La sentencia dictada en España no deja de producir una cierta eficacia en otros Estados de la Unión Europea, aunque sus consumidores no se hubieren adherido. El artículo 15 de la Directiva establece que “Los Estados miembros velarán por que las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro, que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores puedan ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba”. No obstante, como se ha señalado con acierto, GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo...” *cit.*, p. 1315, las resoluciones judiciales “no son un medio de prueba de los hechos que en ellas mismas se declaran probados” y, el mismo autor considera en relación con este art. 15 de la Directiva que “la flexibilidad con que se ha redactado el precepto contiene el germen de su propia ineficacia”.

En cambio, si se han producido autoexclusiones, a los consumidores que se han desvinculado de la acción de representación no les alcanza el efecto de cosa juzgada de la sentencia que resuelve la acción colectiva. Sus acciones individuales pueden sustanciarse sin que les alcance efecto alguno excluyente de cosa juzgada. Ahora bien, carecería de sentido la sustanciación de una segunda acción de representación que se pretendiera dirigir frente al mismo empresario o profesional por la misma actuación antijurídica y en interés de todos los acreedores que se autoexcluyeron de la primera acción de representación. Se les estaría obligando a una segunda autoexclusión si no quieren verse alcanzados por la acción de representación ejercitada en segundo lugar.

La imposibilidad de ejercitar esta segunda acción colectiva se ha establecido en el artículo 862.2 LEC^{ALAR}, que sanciona el intento con su inadmisión, y no responde a la eficacia de cosa juzgada respecto de los acreedores que se autoexcluyeron, porque frente a ellos no hay tal eficacia excluyente, pero sí una prohibición del intento de incardinar su tutela judicial en una segunda acción de representación¹²⁰.

El artículo 862.2 LEC^{ALAR} al establecer la inadmisibilidad de una segunda acción de representación no distingue la forma en que se hubiese llevado a cabo la certificación en la acción de representación resuelta en primer término. La

¹²⁰ Ciertamente, la inadmisión del art. 862.2 LEC^{ALAR} se vincula a la identidad de objeto y considera irrelevante el cambio de demandante, en tanto que la identidad subjetiva vendrá determinada por los consumidores en cuyo interés se ejercita y no por la entidad habilitada que interpone la acción en interés de aquellos. Desde este punto de vista, podría afirmarse que una variación en los consumidores afectados –en razón de la anterior autoexclusión– y la determinación de los ahora afectados que se lleve a cabo en la demanda comportaría una variación de las identidades subjetivas de la acción, consecuentemente una variación de objeto y, por tanto, la variación del supuesto de hecho al que se anuda la inadmisión de la demanda colectiva en el art. 862.2 LEC^{ALAR}. En mi opinión, tratándose de una acción colectiva, su objeto viene determinado en su dimensión subjetiva por los sujetos efectivamente afectados por el comportamiento antijurídico del demandado. La extensión subjetiva de la acción no es fraccionable. Cuestión distinta es el alcance que finalmente tenga el pronunciamiento de la sentencia que la resuelva en atención a las autoexclusiones o adhesiones de los efectiva y materialmente afectados por el comportamiento [pretendidamente] antijurídico del demandado. Tal me parece que es el objeto aludido por el artículo 862.2 LEC^{ALAR}. Otra interpretación permitiría una segunda acción colectiva y exigiría, como hemos señalado, una segunda autoexclusión de los consumidores que quisieran conservar su derecho a la tutela judicial efectiva mediante el ejercicio de una acción individual. No parece que esta sea la intención perseguida por el legislador al establecer una causa de inadmisión, ni parece adecuado que quien ha manifestado ya su voluntad de quedar excluido de una acción colectiva pudiera verse sometido a la carga de volver a reiterar esa voluntad de seguir excluido de una forma de tutela colectiva.

exclusión de una segunda acción colectiva resulta procedente siempre que se trata del mismo empresario o profesional, se solicite un mismo tipo de tutela resarcitoria en razón del mismo comportamiento antijurídico que haya afectado de forma masiva a consumidores y usuarios, sin posibilidad de entender que se produce una variación de la acción mediante una artificiosa parcelación de los consumidores afectados.

En relación con las acciones de representación en las que se establezca en el auto de certificación un sistema de adhesión de los consumidores afectados para determinar el alcance de la sentencia, resulta claro que el efecto de cosa juzgada sólo alcanzará a los consumidores que se hubieran adherido. Por hipótesis –como ya hice al inicio de este epígrafe–, cabría pensar en la posibilidad de una nueva acción de representación de carácter resarcitorio que agrupase las pretensiones de los damnificados que no quisieron adherirse inicialmente a la acción de representación en la que se sustanciaron únicamente las pretensiones de los damnificados que a ella se adherieron. Su viabilidad quedaría excluida por la literalidad del art. 862.2 LEC^{ALAR} al impedir que con posterioridad a una acción de representación resarcitoria se ejercite otra acción de representación que tenga el mismo objeto que aquella a la que se puso fin mediante sentencia firme, aunque se haya interpuesto por un demandante diferente. La interpretación literal está justificada. Como acabamos de indicar, la inadmisibilidad del art. 862.2 LEC^{ALAR} de la posterior demanda colectiva no responde a la noción de cosa juzgada, sino que es un peculiar efecto de la determinación de la conducta del empresario que se somete a un proceso colectivo que se lleva a cabo en el auto de certificación y de su posterior enjuiciamiento en la sentencia que pone término a un proceso colectivo.

Quizá si el proceso se sobresee, una vez certificada favorablemente la acción colectiva, pudiera volver a intentarse una segunda acción colectiva, que no tendría tal carácter de “segunda acción”, en cuanto que al sobreseerse la interpuesta anteriormente –y certificada como acción colectiva– no llegó a consumirse la acción. Desde luego, si la certificación de la acción colectiva fue negativa, el artículo 854.3 LEC^{ALAR} claramente indica que no es posible una segunda acción colectiva sobre el mismo comportamiento del empresario o profesional. En este caso, la exclusión de la segunda acción colectiva no responde en modo alguno a la noción de cosa juzgada y parece responder al mismo principio que inspira la regulación del art. 862.2 LEC^{ALAR}.

d) Ventajas del criterio de la general vinculación de los consumidores afectados que no hagan uso de la posibilidad de desvinculación.

Parece adecuado que la vinculación a la acción colectiva mediante un sistema de adhesión, en lugar de un sistema de desvinculación, se configure como excepcional.

Adviértase que, con un sistema de autoexclusión, serán los propios afectados los que decidirán, en función de su propio cálculo de expectativas, la conveniencia de instar una tutela individualizada de su derecho o confiarla a quien asuma la llevanza de la acción colectiva.

En casos de medidas resarcitorias de escasa cuantía, el mecanismo de la colectivización de acciones operará de forma natural y el propio desinterés del consumidor afectado por manifestar su voluntad de autoexclusión generará una inercia que favorecerá la actuación del derecho y las finalidades de disuasión del incumplimiento (*deterrence*) que son consustanciales a la noción de acción colectiva¹²¹.

A medida que esa cuantía se vaya elevando, la posibilidad de la colectivización se diluirá al existir un mayor interés en controlar la tutela jurisdiccional del propio derecho. Aun así, el límite que determina el surgimiento de este interés es difuso, porque no viene determinado únicamente por la propia cuantía de la reclamación, sino por otras circunstancias como la propia solvencia económica del consumidor afectado, su disponibilidad de tiempo y su propia disposición personal a formular una reclamación. Por ese motivo, en mi opinión, el interés en una buena administración de justicia parece aconsejar la sustanciación de la acción de representación de carácter resarcitorio bajo una regla de posibilidad de autoexclusión, más que de voluntaria adhesión, como establece el art. 848.3 LEC^{ALAR} con la intención de favorecer aquella buena administración de justicia.

¹²¹ Como ya apunté en otro lugar, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Un proceso sin interesados. Colectivización de la tutela: «opt out» y proceso modelo” en HERRERO PEREZAGUA (*dir.*) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, 2016, p. 132, “el cálculo de riesgos al lanzar un producto al mercado puede conducir al productor a asumir el riesgo del lanzamiento aun cuando el producto es defectuoso si considera que el número de reclamaciones, dado su coste, no será muy elevado. La actuación individual sopesa el coste y riesgo de una acción judicial en razón del rendimiento esperado. Ese cálculo es distinto si la acción es colectiva y el cálculo de riesgos que hace el productor de bienes, también”.

La abulia¹²² o la carencia de tiempo y recursos actuarán como factores de inercia que, en un sistema de voluntaria autoexclusión, favorecerán la efectividad de la tutela jurisdiccional, mientras que esa misma inercia, en un sistema de voluntaria adhesión, se erigirá en un obstáculo de acceso a la justicia.

Para algunos autores, en los casos de indeterminación de los posibles afectados, ante la dificultad de dar una adecuada noticia de la interposición de la acción, o cuando la cuantía de la reclamación fuese elevada resultaría preferible un sistema de *opt-in*¹²³. En realidad, en los supuestos en que la reclamación individual fuese de una cuantía muy reducida, el sistema de *optout* sigue garantizando, también en casos en que no se haya tenido noticia de la interposición de la acción, la efectividad de la tutela de todos los afectados, por más que sean

¹²² Puede tildarse de paternalista la actitud de quien propugna la tutela de los derechos sobreponiéndose a la falta de voluntad de sus titulares. El brocardo “*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*” aconseja una distinta configuración del proceso civil. No obstante, en el ámbito de la tutela de los consumidores el principio de efectividad consagrado en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha producido una alteración de los principios inspiradores del proceso civil, en atención a la falta de información y capacidad de negociación de los consumidores en el mercado. Lo cierto es que la situación del consumidor en el mercado ha alcanzado situaciones de saturación de su capacidad de planificación, negociación y reacción en relación con la contratación de servicios de suministro de energía, de telefonía o de financiación crediticia de la vivienda o el vehículo. En muchos casos se trata de servicios esenciales, en otros, no esenciales, pero habituales en un amplio porcentaje de la población. Una reclamación que no alcance una cantidad muy elevada, puede no ser formulada por el consumidor, simplemente por falta de atención y tiempo en quien presenta una personalidad debidamente conformada pero que dirige las energías de su voluntad a requerimientos más urgentes y apremiantes. El derecho debe atender a la tutela de quien permanece en vigilia, pero también debe estructurarse en atención al ritmo –cuanto menos *vivace*– de reacción que reclama el mercado de oferentes de productos y servicios y también de consumidores y usuarios y a sus posibilidades de adaptación a ese ritmo que son muy reducidas en el caso de los consumidores y también, en muchos casos, de profesionales autónomos y microempresas.

¹²³ SANDE MAYO, M^a. J., *Las acciones colectivas... cit.*, pp. 239 y ss. y “La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de opt-in y opt out” en ARMENTA y PEREIRA (coords.) *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 130 y también en sentido parecido PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acciones colectivas y acceso a la Justicia” *cit.*, p. 200. Acogen también esta opinión, si bien bajo un principio de flexibilidad, que permitiese al juez elegir entre un sistema de adhesión o autoexclusión, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “Los ejes fundamentales...” *cit.*, p. 98 y GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y Derecho europeo... *cit.*, p. 722. Apunta GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves...” *cit.*, p. 8 que la certificación de la acción al amparo del art. 848.3 LEC^{ALAR} resulta oportuna “si se aprecian serias dificultades para asegurar que la comunicación de la existencia del proceso llegará de forma efectiva a sus destinatarios” para garantizar una adecuada administración de justicia.

indeterminados. Los supuestos problemáticos se plantearán en los casos en los que las reclamaciones sean de una cuantía elevada y en los que el sujeto individual puede tener pretensiones más ambiciosas que la entidad legitimada para el ejercicio de la acción. En esa coyuntura, un sistema de adhesión no resulta necesariamente más justo y eficiente, pues la falta de información no perjudica a quien no quería adherirse. En su caso, resultará perjudicial para el consumidor que no tenía pretensiones más ambiciosas que las formuladas por la entidad habilitada y que al no haberse podido adherir no puede beneficiarse del ejercicio de la acción colectiva. El ejercicio individual de la acción le supondrá un coste económico mayor y, si es un consumidor de escasos recursos, la exigencia de una adhesión expresa no le supone ninguna ventaja cuando la información es deficiente, al contrario, le ocasiona un perjuicio. En cambio, un fallo de información, en un sistema de autoexclusión, no le ocasiona necesariamente un perjuicio, por cuanto que la acción de representación no habrá dejado de ejercitarse en su interés. Puede que, si hubiese tenido una información adecuada, se hubiese autoexcluido para intentar una reclamación de mayor importe, o porque desconfiase del éxito de la acción tal y como había sido planteada. Lo que en ningún caso se produce es una situación de total indefensión, aunque hay que reconocer que sí de limitación de su disponibilidad sobre la acción¹²⁴. Ciertamente, un adecuado funcionamiento del sistema requiere una suficiente publicidad del ejercicio de la acción colectiva, especialmente amplia cuanto más cuantiosa sea la repercusión económica en cada consumidor¹²⁵.

¹²⁴ En el ámbito norteamericano, aunque la cuestión es polémica, se defiende que el derecho de autoexclusión no es una exigencia necesaria del *due process*, y que sí lo es la adecuada representación de quien ejercita la acción colectiva. *vid.* ISSACHAROFF, S. “Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions” *The Supreme Court Review*, vol. 1999, p. 369 y “Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Action”, *77 Notre Dame L. Rev.* 1057 (2002), p. 1060; HINES, L., “The Dangerous Allure of the Issue Class Action” en *79 Ind. L.J.* 567 2004, p. 602.

¹²⁵ Para GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y Derecho europeo... *cit.*”, p. 721, “la legitimidad de un modelo *opt-out* presupone un conocimiento efectivo de la existencia del proceso por parte de los potenciales afectados, algo que requiere mecanismos de publicidad con estándares elevados en cuanto a su capacidad de llegar a los destinatarios”.

El anteproyecto prevé la creación de un Registro Público de Acciones de Representación, en el que se inscribirán las demandas en las que se ejerciten acciones de representación y que resulten admitidas a trámite con la información de los consumidores y usuarios afectados y la ubicación y forma de acceso a la plataforma electrónica en la que deberá manifestarse la voluntad de adherirse o autoexcluirse (art. 837 LEC^{AL,AR})

La anterior postura parece descansar en el convencimiento de que las facultades de *opt in* y *opt out* constituyen la causa de legitimación a las entidades o asociaciones que interponen la acción y la justificación de la extensión de efectos de la sentencia. A esta concepción podría dar apoyo la propia literalidad de la Directiva 2020/1828 que califica las acciones colectivas como acciones de representación y su artículo 9.2, en relación con las acciones resarcitorias, impone a los Estados miembros el deber de regular la forma y manera en que “los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad (...) de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación”. Los dos efectos –ser representados, quedar vinculados– quedan confundidos en el único efecto del resultado vinculante de la resolución que pone término al proceso, toda vez que no se regula en la Directiva la posibilidad de intervención en el proceso y, por lo tanto, la directa actuación de los consumidores y usuarios en el seno del proceso colectivo al margen de la representación de la entidad que ha promovido la acción¹²⁶.

Desde luego, en el anteproyecto se excluye la posibilidad de intervención de los consumidores individuales –como antes hemos señalado– y con ello, la posibilidad de optar entre actuar personalmente en el proceso colectivo o ser representado por la entidad habilitada promotora. En el régimen proyectado, la autoexclusión o la adhesión lo son siempre al resultado del proceso colectivo promovido por una entidad legitimada en virtud de la concurrencia de los requisitos establecidos por ley para el ejercicio de este tipo de acciones (art. 835 LEC^{ALAR}).

Efectivamente, la legitimación descansa en una atribución legal toda vez que se concibe la actuación del sujeto legitimado como un mecanismo de refuerzo de la tutela judicial efectiva de los consumidores. Mediante el ejercicio de estas facultades de autoexclusión o adhesión se pretende minimizar el impacto de esta legitimación en el ámbito del ejercicio de la autonomía de la voluntad en relación con la disponibilidad en el ejercicio de la acción civil. Este impacto es mínimo en un sistema de adhesión, por cuanto que el propio consumidor decide hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva a través de la acción colectiva. En

¹²⁶ Podría entenderse que la Directiva exige regular la posibilidad de autoexclusión del resultado del proceso y, aún vinculándose al mismo, también la posibilidad de excluir la actuación representativa de la entidad promotora de la acción colectiva, de modo que el consumidor que no se ha autoexcluido de aquel resultado, podría actuar por sí mismo en el proceso. Tal interpretación no es segura, pues en el artículo 9.3, la Directiva enlaza la manifestación de voluntad de ser representado en la acción de representación con el efecto de quedar vinculado con su resultado

un sistema de autoexclusión el impacto es mayor. Si la autoexclusión permite el ejercicio individualizado del derecho a la tutela judicial efectiva, tal opción debe hacerse valer en el plazo fijado por el tribunal conforme al art. 848.5 LEC^{ALAR}, no inferior a dos meses ni superior a cuatro desde el momento en que se dé difusión al auto de certificación de la acción de representación. Ejercitada la opción de autoexclusión en ese plazo, el ejercicio de la acción individual sólo quedará sometido al plazo de prescripción general de las acciones. Ahora bien, de no ejercitarse la opción de autoexclusión, el consumidor queda vinculado a la acción colectiva y pierde la posibilidad de ejercicio de su acción individual.

Esta limitación del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva es conforme a la doctrina constitucional señalada al inicio de este trabajo, en cuanto que el legislador puede limitar las formas de ese ejercicio en función de otros intereses generales o particulares. Así, por motivos de seguridad jurídica, como vimos, puede establecer reglas de caducidad o prescripción de la acción, que evidentemente limitan el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. De igual modo, en atención a las razones que justifican la existencia de las acciones colectivas –facilitación del acceso a la justicia, interés en lograr una rápida solución y sin pronunciamientos contradictorios en un supuesto de daños masivos a consumidores, disuasión de comportamientos antijurídicos, mejor administración de justicia– puede también limitar ese ejercicio. La limitación no es total, sino proporcionada. La interposición de la acción colectiva no comporta una inmediata interdicción de la posibilidad de ejercitar una acción individual. En los casos en los que se brinda al consumidor la posibilidad de adherirse a la acción colectiva, su derecho a la tutela judicial permanece incólume tanto si se adhiere, como si se mantiene al margen. No obstante, de mantenerse al margen, su derecho a la tutela judicial efectiva puede resultar ilusorio si carece de recursos económicos, o irrelevante, si carece de la necesaria decisión y tiempo para hacerlo efectivo. En los casos en que se establece su vinculación, salvo que opte por su autoexclusión, aquella restricción del ejercicio de la acción sólo se producirá transcurrido el plazo en que puede optar por su desvinculación de la acción colectiva. Se trata de una limitación parangonable, por ejemplo y como vengo señalando, con el establecimiento de un plazo de prescripción de la acción. En estos casos, el ejercicio de la acción colectiva produce una drástica reducción del plazo que el ordenamiento otorga al consumidor para decidir si ejercita su acción –o al menos, si desea mantener viva la posibilidad de su ejercicio aislado–, pero esa reducción es proporcionada, porque transcurrido aquel plazo sin que se haya autoexcluido, no se le priva de modo total del derecho a la tutela judicial efectiva –como sucede cuando se establece un plazo de prescripción de la acción– sino que su tutela judi-

cial efectiva será actuada de forma colectivizada a través de una entidad dotada de la adecuada representatividad. Ciertamente, la tutela colectiva se proporciona sin contar con el consumidor, mediante un sistema que comporta una colectivización de su tutela y la exclusión del ejercicio de sus facultades dispositivas, pero no deja de prestarse. Como ha señalado la doctrina norteamericana¹²⁷, para la salvaguarda del derecho al debido proceso –en nuestro sistema, en este caso habría que situarlo más bien en el derecho a la tutela judicial efectiva– exige una adecuada representatividad y capacidad en las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva.

2. LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CESACIÓN.

A) EL OBJETO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN: TUTELA INHIBITORIA Y TUTELA DECLARATIVA

Junto a las medidas de carácter resarcitorio, el anteproyecto –de conformidad con las directrices impuestas por el Parlamento Europeo y el Consejo– prevé la posibilidad de que la acción de representación pueda encaminarse a la adopción de medidas de cesación. De conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 2020/1828, el art. 830 LEC^{ALAR}, establece que la pretensión ejercitable en esta modalidad de acción de representación no se limita a la condena a cesar en la conducta antijurídica, sino que se extiende a la prohibición de su reiteración futura y, también por el mismo cauce, podrá pretenderse la prohibición de una conducta futura, si se dan indicios suficientes que hagan previsible su puesta en práctica o incluso su reiteración. En este último supuesto, la condena resultará procedente aun cuando ya hubiese cesado una conductarealizada en el pasado.

Como medida complementaria a la estimación de la acción de cesación, podrá ordenarse la publicación en medios de comunicación bien de la sentencia estimatoria, bien de una declaración de rectificación. Piénsese en su oportunidad en los casos de publicidad ilícita. Estas medidas sólo se adoptarán a instancia de la entidad demandante y siempre a costa del demandado (art. 830.3 LEC^{ALAR}).

El cauce de la acción de representación de cesación es igualmente el adecuado para la formulación de una pretensión por la”que se declare que una conducta es contraria a las normas de protección de los derechos e intereses de los

¹²⁷ *Vid. supra* nota 124.

consumidores y usuarios”. Esta tutela declarativa resulta procedente en la medida en que el art. 830.5 LEC^{ALAR}, en sentido concorde con lo señalado en el art. 8.3 de la Directiva 2020/1828, no exige en relación con la acción de representación en la que se inste este tipo de medidas la producción de una “pérdida, daño o perjuicio efectivo a los consumidores y usuarios considerados individualmente que se hayan visto afectados por la infracción”¹²⁸. Se pone así de manifiesto el carácter intrínsecamente preventivo de la “acción de cesación”, aun cuando lo solicitado por este cauce no sea una condena inhibitoria, sino una mera sentencia declarativa. La procedencia y estimación de esta acción declarativa no quedan supeditadas a la acreditación de un particular interés en la obtención ese pronunciamiento de condena –como es característico de las acciones meramente declarativas¹²⁹– toda vez que la acción no declara la existencia de un derecho, sino de una infracción normativa ya producida o inminente, por lo que el interés en su ejercicio se encuentra ínsito en el contenido del pronunciamiento declarativo, aun cuando no se acompañe de la solicitud de una medida inhibitoria. Las medidas propias de las acciones representativas de cesación –entendidas como comprensivas de estos pronunciamientos declarativos– guardan correlación con una función de vigilancia de la corrección del comportamiento de los operadores del mercado y por lo tanto se encaminan a una pronta reacción, antes incluso, de que se materialice en un daño.

Este pronunciamiento declarativo estará implícito en las acciones de representación de carácter resarcitorio si es que no se ha solicitado de forma expresa

¹²⁸ Tanto en el art. 830.5 LEC^{ALAR}, como en el 8.3 de la Directiva extrañamente se alude a consumidores y usuarios afectados en casos en los que, si no hay ni pérdida, ni daño, ni afección, difícilmente puede hablarse de una afección. La repercusión –insistimos nuevamente en ello– de la conducta antijurídica en el mercado es general, pues cualquier persona física que se encuentra en un mercado puede llegar a demandar, en el futuro, los bienes o servicios que se distribuyen conforme a una pauta de conducta que puede considerarse antijurídica.

Tanto la Directiva como este precepto también excluyen la necesidad de acreditar la existencia de dolo o negligencia para la estimación de la acción de cesación. Se trata de elementos normativos que pueden ser determinantes o modalizadores de la responsabilidad, pero en sí mismos, –al menos en el ámbito civil– no afectan a la calificación de un comportamiento como antijurídico.

¹²⁹ La STC de 30 noviembre de 1992, recogiendo una doctrina ya contenida en sentencias del Tribunal Supremo, señaló que “la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal, si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa”.

en la demanda en la que se instan concretas medidas de reparación del daño. Además, la acumulación de las pretensiones propias de la acción de representación de cesación a las propias de la acción de representación resarcitoria se admite en el artículo 833 LEC^{ALAR} por lo que bien puede pedirse un expreso pronunciamiento del carácter antijurídico de la conducta del demandado, su cese y, al tiempo, las correspondientes medidas resarcitorias.

El alcance de ambas acciones es diverso. La declaración de la existencia de una infracción de las normas tuteladoras de los consumidores y el cese de la conducta infractora tienen una necesariatrascendencia supraindividual y el hecho de ejercitarse en el ámbito de una acción colectiva les dota de una formal eficacia supraindividual. Por este motivo, no se entiende la redacción dada al artículo 841.2 LEC^{ALAR}, que parece exigir una identificación individualizada de los consumidores afectados –cuando sea posible– para que puedan considerarse beneficiarios de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse. Si la conducta que debe cesar es una conducta de distribución de bienes o prestación de servicios en el mercado, su prohibición redundará tanto en los que ya ha contratado con el empresario o profesional, como quienes pudieran hacerlo en el futuro. La previsión se entiende aún menos si pone en relación con la previsión que excluye acreditar que se ha producido un efectivo daño o perjuicio a los consumidores. Si no hay daño o perjuicio no hay consumidores afectados, a lo sumo habrá consumidores potencialmente afectables. El pronunciamiento de la acción de representación de cesación afecta a un interés verdadera y propiamente colectivo. Por ese motivo, el artículo 830.4 LEC^{ALAR} excluye la posibilidad de adhesión o autoexclusión de la acción colectiva, en tanto que tal posibilidad se vincula a la preservación de la disponibilidad de los consumidores y usuarios sobre su derecho a la tutela judicial efectiva. La acción de representación resarcitoria refuerza la tutela judicial, pero al incidir en cada consumidor, en la esfera propia y exclusiva de soberanía de su derecho –a la reparación, al resarcimiento del daño–, procura cohonestar esa actuación de refuerzo con la disponibilidad sobre el mismo a través del mecanismo de la expresa adhesión o de la autoexclusión de la tutela ofrecida de forma colectiva. En cambio, tal esfera de disponibilidad, de soberanía sobre un ámbito propio, exclusivo y excluyente, no se da en situaciones de un interés verdaderamente colectivo e indivisible. De conformidad con lo señalado actualmente en el art. 15.4 LEC –que, de prosperar el anteproyecto, quedará sin contenido– el artículo 830.4 LEC^{ALAR} excluye que los consumidores y usuarios puedan intervenir en el proceso en el que se ejercita una acción de representación de cesación. Las posibilidades de autoexclusión carecen de sentido. También las de adhesión.

La doctrina de la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, emanada en relación con una acción de cesación a la que se habían acumulado pretensiones de nulidad y restitución, debe entenderse parcialmente corregida. La exigencia de que el consumidor pueda, en todo caso, desvincularse de la acción colectiva ejercitada, que se afirmó en aquella sentencia sin diferenciar entre la pretensión de cesación y la de resarcimiento, debe entenderse ahora solo referida a las pretensiones de resarcimiento. No cabe duda que, de ejercitarse una acción de cesación –con la posibilidad de acumular a la misma una acción meramente declarativa– la desvinculación no es posible, porque la sentencia no va a pronunciarse en ningún caso sobre derechos o intereses de titularidad exclusiva de los consumidores individualmente considerados¹³⁰. No se produce ninguna directa injerencia en el ámbito de los derechos e intereses sometidos a su exclusiva titularidad, sin perjuicio de la repercusión que en cada consumidor pueda producir la sentencia que se pronuncie sobre el interés colectivo en el que todos los consumidores participan.

B) EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN

a) El ejercicio aislado de la acción colectiva de cesación y su acumulación a las acciones colectivas de resarcimiento.

El distinto alcance de las acciones colectivas resarcitorias y de cesación determina también las diferencias de procedimiento. La acción de representación resarcitoria discurre por el procedimiento establecido en los artículos 844 y ss. LEC^{ALAR}, caracterizado por la introducción de una audiencia de certificación encaminada principalmente a verificar la “homogeneidad de las pretensiones” –con el alcance que anteriormente hemos dado a esta expresión– y la apertura de un plazo para la formulación de autoexclusiones o adhesiones a la acción colectiva. La acción de representación de cesación, en cambio, se sustancia por los trámites del juicio verbal, con contestación en el plazo de veinte días y sin que se prevea plazo alguno para la adhesión o autoexclusión de los consumidores.

No obstante, como hemos señalado anteriormente, en los casos en que se acumulen pretensiones propias de la acción colectiva de cesación y de la acción colectiva de resarcimiento, el procedimiento a seguir será el señalado a esta última. Así se deduce de la previsión del art. 833.1 LEC^{ALAR} que permite al juez

¹³⁰ Como veremos, sí será posible la desvinculación o la adhesión, a los pronunciamientos de contenido resarcitorio cuando se hubiese acumulado la acción colectiva de cesación a una acción colectiva de resarcimiento.

ordenar la tramitación separada de ambas acciones si considerase que la acumulación origina excesiva complejidad o dilación¹³¹. Tal decisión deberá adoptarse en el trámite de certificación del art. 846LEC^{ALAR} y, por lo tanto, en el seno del procedimiento de la acción de representación de resarcimiento, a la que se habrá acumulado una pretensión de cesación y, en su caso, declarativa.

La fuerza atractiva del procedimiento establecido para las acciones de representación resarcitorias responde a la más compleja estructura de su tramitación, pero no a su preeminencia que debe atribuirse a la acción de cesación que acoge en su seno un pronunciamiento declarativo con indudable trascendencia prejudicial. Adviértase que en caso de que se acuerde la desacumulación de las acciones, se podrá acordar la suspensión del proceso que conozca de las pretensiones resarcitorias en tanto se resuelve la de cesación (párrafo II *in fine* del art. 833.1 LEC^{ALAR}). El mismo criterio se adopta en el apartado 4 del art. 833 LEC^{ALAR} en el caso de que se hubieran interpuesto frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta por entidades habilitadas distintas acciones de cesación y representación y no fuera posible la acumulación de los procesos. Incluso el art. 854.1 LEC^{ALAR} admite que en caso de que el auto posterior a la audiencia de certificación acuerde el sobreseimiento del proceso, éste no será total, sino que mandará que continúe el proceso, por los trámites del juicio verbal, respecto de la acción de cesación a la que no afectará la consideración de que no existe suficiente homogeneidad en las “pretensiones de los consumidores”¹³².

¹³¹ En el caso de que la sustanciación de la acción de resarcimiento por el cauce previsto en los artículos 844 y ss. LEC^{ALAR} ocasione una dilación para la resolución de la acción de cesación acumulada, parecería más adecuada la adopción de una medida cautelar de cesación de la conducta que se reputa antijurídica. Sin embargo, como veremos a continuación en el texto, resultará más efectivo que se resuelva con carácter previo y prejudicial la acción de cesación.

¹³² Entendemos que esta continuación no será posible cuando el auto que acuerda el sobreseimiento no lo hace en razón de la ausencia de los presupuestos a los que sea anuda la certificación – la homogeneidad en las pretensiones, que como antes señalamos en el epígrafe IV.1.A), debe ser interpretada como la existencia de un daño colectivo reconducible a una misma conducta dañosa–, sino por la ausencia de algún presupuesto procesal o requisito de los aducidos en el escrito de oposición por motivos procesales que el demandado hubiese interpuesto al amparo del art. 845.2 LEC^{ALAR}.

Por otra parte, si se acuerda la continuación del proceso respecto de la acción de cesación, el autor del anteproyecto debería haber clarificado cómo se va a llevar a cabo. La continuación debería ser para que el demandado conteste a la demanda, en el plazo de veinte días, conforme establece el art. 841.3 LEC^{ALAR}, sin que ya puedan formularse motivos de oposición de carácter procesal, en cuanto que el momento procesal para su formulación ya precluyó pues el demandado tuvo ocasión de formular tales motivos de oposición procesal, al amparo del art. 845.2 LEC^{ALAR} y si así lo hizo, hay que entender que ya han sido desestimados.

Salvo en este último caso, en que la acción de representación resarcitoria no puede continuar, la acción colectiva de cesación parece presentar, como hemos adelantado, un carácter prejudicial frente a la resarcitoria. Los casos en que se acuerda la suspensión de la acción colectiva resarcitoria, en situaciones en que no se considera oportuna la acumulación¹³³, parecen responder a la idea de que el sentido en que se resuelva la acción colectiva de cesación puede condicionar el pronunciamiento de la acción colectiva resarcitoria. Así sucederá en la medida en que la conducta respecto de la que se solicite su cesación y su declaración como antijurídica es precisamente la que se considera causante del daño que la medida resarcitoria repara. Adviértase que tal medida reparadora sólo resultará procedente en función de las determinaciones normativas reguladoras de la responsabilidad del empresario o profesional.

No obstante, la acción de representación resarcitoria no requiere, como establece el apartado 2 del artículo 831 LEC^{ALAR}, de conformidad con lo establecido en el art. 9.8 de la Directiva, la previa declaración en sentencia firme de que la conducta del empresario o profesional demandado es contraria a los intereses colectivos de los consumidores. Ciertamente, esa declaración puede impetrarse de forma acumulada en la propia acción de representación resarcitoria, pero el demandante puede limitarse a solicitar las medidas resarcitorias sin instar un expreso pronunciamiento declarativo de la infracción de las normas protectoras de los consumidores y usuarios. En todo caso, el ejercicio de una acción de cesación sobre la misma conducta del empresario o profesional determinará la acumulación de acciones o la suspensión de la acción de representación resarcitoria en tanto se resuelve la de cesación.

Llegados a este punto, me parece que la calificación de la acción de representación regulada en el artículo 830 LEC^{ALAR} como de cesación resulta equívoca cuando acoge en su seno un pronunciamiento declarativo. Este es el elemento principal, del que la cesación es un corolario, que puede ser impetrado o no. De igual modo, puede limitarse la pretensión colectiva a instar la cesación, sin solicitar un expreso pronunciamiento sobre el carácter antijurídico del comportamiento del empresario o profesional, que, en todo caso, resultará implícito en la condena de carácter inhibitorio.

¹³³ Las razones que pueden justificar esa no acumulación se definen con gran amplitud. Ciertamente la dilación que comporta la tramitación de una acción de representación resarcitoria supone un retraso desaconsejable para instar la cesación de una conducta que se reputa antijurídica. Si no se ha solicitado como medida cautelar la cesación (artículo 842 LEC^{ALAR}), parece lógico desacumular las pretensiones.

El mantenimiento de esta denominación de acciones de representación de cesación parece responder a un intento de reforzar la finalidad coercitiva de las medidas que pueden adoptarse y su carácter de medio de reacción rápido y preventivo frente a conductas de los empresarios y profesionales en el mercado.

La nueva regulación viene a ordenar el panorama de nuestras acciones colectivas estableciéndose que la acumulación de pretensiones declarativas y de cesación con pretensiones de carácter resarcitorio deberá llevarse a cabo en el procedimiento regulado para la sustanciación de acciones de representación resarcitorias y, por lo tanto, con sujeción al trámite de certificación –que sólo operará respecto de la viabilidad de la acción de representación, como hemos visto, *cfr.* art. 854.1 LEC^{ALAR}– y con la posibilidad de adhesión o autoexclusión de los consumidores afectados que –parece que así debe entenderse– sólo resultará posible respecto de las medidas resarcitorias que se adopten. Respecto del pronunciamiento declarativo o de la condena inhibitoria no cabe ni adhesión, ni autoexclusión, como no cabría si la acción colectiva de cesación –con su pronunciamiento declarativo– se hubiese sustanciado sin acumularla a pretensiones de resarcimiento. Se pone coto así a la situación actual en la que resultaba habitual acumular a acciones de cesación, pretensiones de restitución e indemnización, con apoyo en los artículos 53 LGDCU y 12 LCGC. Estos preceptos son modificados por el Anteproyecto con una nueva regulación en la que ya no se hace referencia a la actual posibilidad de acumulación –a la acción de cesación– de pretensiones declaración de nulidad o de reparación de daños y perjuicios¹³⁴.

¹³⁴ El texto del anteproyecto traslada al nuevo Título IV del Libro IV LEC las reglas de acumulación de pretensiones colectivas en los procesos en que se sustancien acciones de representación. Así, se propone la modificación en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, entre otros, de su artículo 53 que se remite ahora al régimen de las acciones colectivas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que haya referencia alguna a la posibilidad de acumular a la acción de cesación otras pretensiones de carácter colectivo.

El apartado 2 del artículo 53 LGDCU en su redacción actual y vigente señala “A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal”. Con el nuevo régimen, estas pretensiones no pueden acumularse al proceso en que se conozca de la acción de cesación: al contrario se acumulará la acción de cesación a las acciones colectivas en las que se hayan solicitado medidas resarcitorias como la resolución o la rescisión contractual.

También desaparece del art. 12 LCGC toda referencia a la posibilidad de acumular a la acción

En este punto, la regulación del artículo 862 LEC^{ALAR} no termina de precisar si el efecto de cosa juzgada de la sentencia resolutoria de una acción de representación resarcitoria tiene igual alcance en los pronunciamientos sobre las medidas resarcitorias como en los pronunciamientos sobre las medidas declarativas y de cesación que se hubieran podido acumular a los mismos. Parece lógico entender que estos últimos pronunciamientos, aunque se han alcanzado en el seno de un procedimiento de una acción de representación resarcitoria, tendrán un alcance superior al de los pronunciamientos de carácter resarcitorio.

Nos parece que el artículo 862 LEC^{ALAR} sólo regula el efecto de cosa juzgada en relación con los pronunciamientos sobre medidas resarcitorias. Los pronunciamientos declarativos y de cesación se producen sobre un comportamiento único del empresario o profesional que no debería ser valorado de forma distinta en otros procedimientos, por más que hubiera consumidores que se hubiesen desvinculado o que no se hubiesen adherido a la acción de representación resarcitoria. Evidentemente, si como consecuencia de esa desvinculación o no adhesión, se inician otros procesos por ejercicio de acciones individuales, pueden alcanzar –de resolverse con anterioridad– pronunciamientos no concordes con el sentido en que resuelva el tribunal que conoce de la acción colectiva. En cambio, si el proceso colectivo finaliza antes, con sentencia firme, no parece que el juez que conoce de la acción individual ejercitada por el consumidor que se desvinculó o no adhirió a la acción colectiva pueda desconocer el pronunciamiento declarativo que haya recaído en el proceso colectivo del que se desvinculó –o al que no se adhirió– el consumidor. Resultaría aquí de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia 367/2017, de 8 de junio¹³⁵. Esta eficacia prejudicial es la que explica la posible suspensión de la sustanciación de la acción colectiva resarcitoria –en cuyo seno pueden producirse autoexclusiones o la no adhesión de los consumidores– en tanto se resuelve la acción colectiva de cesación, en la que no caben tales autoexclusiones ni, claro está, adhesiones.

de cesación, la de restitución y la de indemnización de daños y perjuicios.

En la redacción actual y vigente se establece en el párrafo segundo del art. 12.2 LCGC que “A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones”.

¹³⁵ Vid. *supra* epígrafe III.2.B) e).

b) La formulación de pretensiones de nulidad en materia de condiciones generales de la contratación .

Con el nuevo régimen, es evidente que una reclamación de indemnización de daños y perjuicios a un conjunto de consumidores como consecuencia de la utilización por el empresario o profesional predisponente de una condición general de la contratación de carácter abusivo es una característica medida de carácter resarcitorio. La cuestión que debe deslindarse ahora es si el pronunciamiento de nulidad tiene también el carácter de una medida de carácter resarcitorio. En la enumeración de contenidos de las medidas resarcitorias del art. 831 LEC^{ALAR} no figura la declaración de nulidad, aunque es cierto, que ese listado de conductas no tiene carácter taxativo. La cuestión parece vinculada al carácter declarativo o constitutivo de la nulidad. Si la consideración de una cláusula como abusiva comporta la declaración de ineficacia, el mero pronunciamiento declarativo puede producirse en el seno de una acción de representación de cesación. Además, si se considera que la declaración de nulidad comporta la necesaria restitución de las prestaciones como efecto natural, tal restitución no es una medida accesoria –una acción acumulada– a la acción declarativa de abusividad y, en consecuencia, de nulidad de la condición general de la contratación.

La resolución de esta cuestión debe atender a si el pronunciamiento de nulidad se hace con carácter abstracto o en relación con una serie de concretos contratos suscritos con el mismo predisponente. Si se pretende una declaración del carácter ilícito de un comportamiento –del carácter abusivo de una condición general– con carácter abstracto, deberá instarse una acción colectiva declarativa a la que podrá acumularse, como accesorio, un pronunciamiento de cesación. En muchos casos, un pronunciamiento abstracto puede ser suficiente para que la tutela jurisdiccional sea plenamente efectiva. Piénsese en un clausulado general que no ha determinado, en el momento de interposición de la acción colectiva ningún contrato. En cambio, si se pretende la declaración de nulidad de los contratos suscritos con una multiplicidad de consumidores afectados y la restitución de las cantidades abonadas, entendemos que deberá acudir a una acción de representación de carácter resarcitorio, a la que podrá acumularse las acciones declarativas y de cesación. De igual modo, la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en ejecución de la cláusula general abusiva y declarada nula en el correspondiente contrato deberá instarse a través de la correspondiente acción representativa resarcitoria. Entendemos que la restitución constituye una

pretensión colectiva de índole reparadora¹³⁶, por más que pudiera considerarse un efecto natural de la ineficacia de las cláusulas incorporadas a un contrato. La modulación de esa pretensión forma parte de las facultades atribuidas a la entidad habilitada para el ejercicio de la acción colectiva y la posibilidad de autoexclusión o de adhesión del consumidor individual es un ejercicio de sus facultades dispositivas en relación con su derecho a la tutela judicial efectiva. Tales facultades le permitirán sustraerse a la acción colectiva si entiende que la concreción de la restitución procedente no ha sido adecuadamente perfilada en la formulación de la pretensión colectiva. Evidentemente, el pronunciamiento realizado con carácter abstracto sobre el carácter abusivo de las cláusulas impugnadas desplegará un efecto prejudicial sobre las acciones individuales aún no resueltas, en los términos ya señalados por la STS 367/2017, de 8 de junio.

3. LOS ACUERDOS DE RESARCIMIENTO COLECTIVO

La Directiva (UE) 2020/1828 obliga a modificar el régimen actual de nuestras acciones colectivas al menos en relación con la tutela a consumidores, en tanto que su artículo 11 establece la obligación de los Estados de regular la posibilidad de que la entidad o asociación legitimada para el ejercicio de una acción colectiva y el demandado puedan alcanzar acuerdos si bien circunscritos a las medidas de contenido resarcitorio. Cabe preguntarse, en primer lugar, si tales acuerdos tienen el carácter de una transacción colectiva.

A) CARACTERES Y CONDICIONES DE LA TRANSACCIÓN COMO NEGOCIO JURÍDICO

a) En relación con las transacciones individuales

La posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre lo que es objeto del proceso remite de forma inmediata al contrato de transacción. El artículo 1809 CC lo define como “un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

La transacción se alcanza extraprocesalmente con eficacia obligacional y dispositiva y sin perjuicio de que sus efectos puedan hacerse valer en el proceso, bien porque se inste su homologación (arts. 19.2 y 415.1 LEC) o bien la ter-

¹³⁶ Nos remitimos a los argumentos ofrecidos en el epígrafe III.2.B) b).

minación del proceso por carencia sobrevenida de objeto (art. 22.2 LEC)¹³⁷. La homologación del acuerdo de transacción comporta la finalización del proceso por medio de un auto de sobreseimiento y la posibilidad de iniciar la ejecución (arts. 1816 CC y 415.2 y 517.2.3º LEC). La exclusión de cualquier otro proceso posterior sobre lo que fue objeto de transacción no se alcanza con un efecto propiamente preclusivo de naturaleza procesal¹³⁸, sino en virtud de una *exceptio pacti*, que tiene el carácter de un hecho extintivo.

La alegación de la transacción figura como causa de oposición a la ejecución de títulos no judiciales o arbitrales en el ordinal 6º del artículo 557 LEC. Se trata de un hecho extintivo de la acción ejecutiva, que se enumera entre otros de igual carácter (los contenidos en los ordinales 1º, 2º, 4º inciso segundo, 5º inciso primero) junto a otros de carácter impeditivo (ordinal 7º) o excluyente (contenidos en los ordinales 4º inciso primero y 5º inciso segundo y tercero)¹³⁹. La ley proce-

¹³⁷ SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial...*, p. 379.

¹³⁸ Las referencias a esta eficacia preclusiva en la doctrina civilista son confusas. Para Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edic., Madrid 2002, p. 443, resultaría admisible la *exceptio rei per transactionem finitae*, de carácter análogo a la de cosa juzgada material y cita en apoyo de su postura las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1984 y 10 de abril de 1985. Para LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. 21, 3ª edición (rev. RIVERO), Madrid, 2005, p. 359, resultaría admisible una excepción de transacción con efecto preclusivo, pero añade, *op. cit.*, p. 360, que la transacción como es un arreglo dispositivo no tiene una verdadera eficacia de cosa juzgada, en el sentido de obligar a absolver. TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, Madrid, 2003, p. 475 distingue entre la transacción extrajudicial o la judicial, mientras la primera debe hacerse valer mediante una excepción de derecho material o de fondo, la judicial «a semejanza de la excepción de cosa juzgada impiden volver a conocer de un pleito nuevo, porque ya ha sido resuelto o por sentencia firme, en un caso, o por transacción judicial en el otro».

En la doctrina procesal, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores... cit.*, pp. 131, afirma que de la transacción “sí que se deriva un efecto preclusivo que impide el desarrollo de un proceso cuyo objeto venga constituido por el litigio que fue transigido”. En las páginas 138 y 165 parece dar a entender que esa eficacia preclusiva sólo se da en la transacción judicial. Para SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial...*, p. 376, la transacción da lugar a una *exceptio pacti* que “opera de forma similar al contraderecho que nace de un pacto de *non petendo*: permite paralizar o enervar cualquier pretensión o derecho material derivado de la relación jurídica anterior”. En mi opinión, la *exceptio pacti* derivada del contrato de transacción no enerva la acción que pudiera derivar de la relación jurídica que fue objeto de transacción, sino que extingue toda posible acción derivada de la misma, mientras que la eficacia del pacto de *non petendo* se apoya en la eficacia de una previa relación jurídica que, en razón de ese pacto, puede ser excluida. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 15ª edición (rev. FERRANDIS), Madrid, 1993, p. 823, excluye la naturaleza novatoria de la transacción por cuanto el fin primordial del contrato no es la modificación de una relación jurídica, sino evitar el pleito.

¹³⁹ El supuesto de pluspetición no corresponde a la categoría de las excepciones o defensiones (*vid.* GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil, cit.*, T. I, p. 268), mediante las que se introducen

sal sitúa así la alegación de la transacción como una causa de oposición de fondo al ejercicio de la acción ejecutiva y le otorga, por lo tanto, una naturaleza distinta a las causas de oposición de carácter procesal.

La transposición de este régimen de alegación de la transacción al proceso de declaración comporta que, en caso de ejercicio de una acción declarativa en la que se insta la condena a una prestación que ya hubiera sido objeto de transacción, la alegación por el demandado de la existencia de una transacción sobre lo que es objeto del proceso tendría el tratamiento de un hecho extintivo, no de una cuestión procesal análoga a la cosa juzgada. La respuesta del tribunal a la pretensión del actor no podría ser un sobreseimiento del proceso acordado en la audiencia previa al juicio, sino una sentencia absolutoria. Por otra parte, al aducirse la transacción como una *exceptio pacti*, dada la naturaleza contractual de la transacción, podría discutirse en el proceso declarativo la validez y eficacia del acuerdo transaccional, no sólo la identidad del objeto de la transacción con el objeto del litigio¹⁴⁰.

hechos que alteran el efecto jurídico pretendido por el actor, sino que debe considerarse como una negación de hechos en los que se funda la tutela pretendida.

¹⁴⁰ Así lo señala la STS 199/2010, de 5 de abril. Esta sentencia estimó el recurso de infracción procesal interpuesto contra la sentencia que no entró a conocer del fondo del asunto al estimar de oficio la existencia de cosa juzgada como consecuencia de la alegación de un acuerdo transaccional. La sentencia argumenta así: “Si la transacción tiene para las partes efectos de cosa juzgada, según el artículo 1816 CC, vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos. Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior. La interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (STS de 8 de julio de 1999)”.

Doctrina que ha sido reiterada no hace mucho por nuestro Alto Tribunal. El Tribunal Supremo, en su sentencia 214/2019, de 5 de abril, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal en el que la recurrente quería hacer valer el efecto de cosa juzgada del acuerdo transaccional alcanzado y señala: “esta sala ha reiterado que la referencia contenida en el artículo 1816 CC al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas, pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la eficacia del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos”.

Esta doctrina hunde sus raíces en anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la sentencia 26 de abril de 1963, en la que se señala que la eficacia de cosa juzgada del acuerdo transaccional “ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transac-

Cuestión distinta es que el propio ordenamiento jurídico procesal contuviera disposiciones normativas que excluyesen la posibilidad de sustanciar un nuevo proceso sobre lo que ya hubiera sido objeto de transacción y, para ello, que permitiese la apreciación de la existencia de la transacción como una cuestión procesal. Pero tal previsión no es posible hallarla en nuestro ordenamiento jurídico procesal.

Conforme a la tradición romanista que consideraba que *transigereest alienare*¹⁴¹, se ha venido exigiendo la capacidad de disposición sobre la situación objeto de transacción¹⁴². Ciertamente, en los casos de transacción mixta, las par-

ción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y sólo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos”.

¹⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español... cit.*, t. IV, p. 830, señala que la regla romanista no es exacta y apunta, *op. cit.*, p. 828, que en la transacción no se renuncia a la cosa o derecho, sino a la pretensión, por lo que entiende que no hay una verdadera disposición, aunque el contrato de transacción puede contener cláusulas traslativas de bienes y derechos. En sentido parecido, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... cit.*, vol. II, p. 440, niega que transigir sea enajenar, pero considera lógico que se exija la capacidad de disposición sobre las relaciones jurídicas controvertidas porque la transacción puede comportar la realización de actos dispositivos. Su postura obedece a la consideración del contrato de transacción como un contrato de fijación o aclaración de una relación jurídica.

¹⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español... cit.*, t. IV, p. 830; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos... cit.*, p. 353 y 355, donde afirma que las partes en el contrato de transacción “tienen que tener capacidad para obligarse y la libre disposición sobre las posiciones jurídicas que les conciernen en la situación o relación jurídico-material objeto de la disputa —o, en su caso, sus representantes voluntarios o legales—”. La postura de este autor se aleja de la tesis declarativa de la transacción porque tal tesis “desconoce que las partes lo que se proponen es sustituir la declaración jurisdiccional no por una declaración propia, sino por un arreglo dispositivo entre ellas, como evidencia el artículo 1809 CC”. En sentido parecido, TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción, cit.*, p. 42, entiende que “la transacción se materializa mediante la disposición de la situación o relación material controvertida, no declarando quién tiene la razón, sino cediendo ambas en relación al contenido de las respectivas posiciones jurídicas controvertidas”.

No obstante esta autora busca un difícil eclecticismo que le lleva a afirmar de modo elegante pero poco clarificador, más adelante, *op. cit.*, p. 327: “la transacción produce nuevos efectos, pero de ello sólo se deriva que el derecho queda fijado. La novedad se refiere a la eficacia no a la extensión del derecho: la transacción no da vida al derecho, sino que lo refuerza”.

tes en el contrato pueden incorporar al mismo estipulaciones en virtud de las cuales se disponga de bienes y derechos que no son objeto de controversia. La efectividad de tales estipulaciones queda supeditada a la disponibilidad sobre los bienes y derechos sobre los que se dispone. Pero, independientemente de la posibilidad de incorporar tales estipulaciones, la pura transacción sobre una situación controvertida comporta disponer sobre lo que es o puede llegar a ser objeto del proceso¹⁴³, mediante un arreglo dispositivo. Al hacerse valer tal arreglo en el proceso, le pondrá término –como hemos señalado– por carencia sobrevenida de objeto. Y si no hubiera proceso y éste se iniciase posteriormente, cabría aducir la *exceptio pacti* para que el juez desestimase la acción.

El acto de disposición tiene así un distinto alcance si se proyecta sobre la posibilidad de impulso e intervención en el proceso (desistimiento) o si se proyecta sobre el propio derecho a la tutela (renuncia a la acción). La transacción tiene un doble alcance porque afecta a la tutela perseguida judicialmente por el actor y puede afectar al mismo desarrollo del proceso.

Como acabamos de ver, en un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido objeto de transacción no puede estimarse la acción formulada si se aduce la *exceptio pacti* que conducirá a una sentencia absolutoria en el fondo¹⁴⁴. La transacción

¹⁴³ En este sentido TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, cit., p. 310 si bien defiende el carácter obligacional y no traslativo de la transacción entendiendo que “de lo que no cabe duda es (...) la necesidad de que las partes sean capaces de disponer de la situación litigiosa sobre la que recae la transacción, es decir, que sea la propia ley la que consienta la transacción en dicho ámbito. En consecuencia, la transacción no podrá operar en aquellas situaciones sobre las que los particulares no tengan capacidad de disposición. Es más, no podemos olvidar que son las renunciaciones actos procesales de carácter unilateral, que se enmarcan dentro del contenido de la transacción, pues se realizan como consecuencia y en cumplimiento de la misma. De ahí que, si consideramos a la transacción como la materialización de mutuas renunciaciones a las posibles pretensiones a ejercitar por los transigentes, es lógico aplicar aquello exigido para la efectividad de la renuncia, es decir, la capacidad necesaria para disponer del derecho”.

Conviene subrayar como esta autora identifica las recíprocas concesiones como un elemento esencial del contrato. Parece evidente que toda transacción comporta la renuncia a la acción que se ostentaba en relación con la situación jurídica transigida. Sin embargo, para SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela... cit.*, p. 378, en el contrato de transacción puede incluirse una expresa renuncia al ejercicio de acciones surgida de la relación jurídica objeto de transacción y apunta que de esta forma “se dotaría al pacto de una eficacia jurídica adicional que es acorde con el interés de las partes, el objeto y la causa típica del negocio”. Añade, *op. cit.*, p. 379, que también podría añadirse a la transacción el pacto que haga nacer la obligación de allanarse o desistir en una instancia o fase del proceso y, apunta, *ibidem loc.*, “estos son negocios procesales obligacionales –*Verpflichtungsverträge*– que hacen nacer la obligación material de llevar a cabo determinados actos procesales de los que derivarán los efectos procesales pretendidos”.

¹⁴⁴ La transacción en ese caso no impide la tramitación del nuevo proceso cuyo objeto podrá reducirse, como vimos, a comprobar si la acción formulada afecta a lo que fue objeto de transacción,

homologada en el proceso afecta, por otra parte, al propio desarrollo del proceso, en cuanto que le pone término. Efecto que puede alcanzarse, aunque no se homologue, si se hace valer como causa de carencia sobrevenida de interés en el objeto del proceso. En estos casos, la transacción tiene una proyección meramente procesal, por cuanto determina el sobreseimiento del proceso, mientras que la renuncia a la acción –si se produce en el seno del proceso– conduce, en cambio, una sentencia absolutoria (art. 20.1 LEC). La transacción judicial, con su homologación, por más que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva del actor, no tiene una plena eficacia de decisión del fondo del asunto, precisamente porque la finalidad de la transacción es evitar el proceso, la decisión judicial. La transacción no ayuda a la decisión, sino que la impide y la sustituye por una distinta ordenación de las relaciones jurídicas existentes entre las partes, mediante un negocio dispositivo. La eficacia excluyente del proceso sólo se produce si las partes quieren hacerla valer –lo que habitualmente sucede cuando la transacción se alcanza pendiente el proceso– y por los cauces que establezca el propio ordenamiento procesal. En cambio, la eficacia extintiva de la acción que cabe anudar a la transacción no se hace valer en el proceso pendiente –acabamos de ver que no se dicta una sentencia absolutoria– sino en el que pudiera iniciarse y tal eficacia extintiva se desenvuelve en el ámbito sustantivo, no en el procesal, porque tal eficacia obligacional es suficiente para lograr la efectividad de lo acordado. Como ya hemos indicado, podría introducirse una regulación procesal que optara por dar a lo acordado en transacción una eficacia excluyente de un nuevo proceso semejante a la eficacia procesal excluyente de la cosa juzgada, pero por el momento no se ha hecho y la jurisprudencia más reciente y relevante¹⁴⁵ entiende que la eficacia de la transacción es, a estos efectos, meramente obligacional.

La transacción se desenvuelve así en el ámbito contractual como negocio dispositivo sobre lo que es o puede ser objeto de un proceso. La efectividad de la transacción requiere la disponibilidad de quienes negocian, principalmente sobre las cuestiones objeto del proceso, sobre los derechos controvertidos que son objeto del mismo (arts. 1810 y 1814 CC)¹⁴⁶. Si se carece de esa disponibilidad,

pero también podrá extenderse a la validez y eficacia del propio negocio de transacción. La situación sería paragonable a la renuncia a la acción realizada extrajudicialmente. Si la acción renunciada es ejercitada, deberá ponerse de manifiesto este hecho extintivo para lograr una sentencia absolutoria en el fondo.

¹⁴⁵ *Vid. supra* nota 140.

¹⁴⁶ Para la transacción judicial, el artículo 19.1 LEC hace, en expresión de BONET NAVARRO, A., “Eficacia ordenadora... *cit.*”, p. 425, una “lectura procesal” de los artículos 1810 y 1814 CC.

aunque el contrato pueda desplegar su fuerza obligatoria, carecerá de toda efectividad, salvo que se produzca la ratificación de la transacción por aquel sujeto a quien correspondiera la facultad de disposición sobre los bienes o derechos objeto de transacción.

Sin duda la transacción despliega una eficacia obligacional, pero, en todo caso, estimo que debe considerarse un negocio dispositivo, por cuanto que efectivamente se dispone de los derechos objeto del proceso y en la medida en que son objeto del proceso, por más que esos derechos sean controvertidos¹⁴⁷.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil incluye la transacción como una forma de disposición del objeto del juicio (art. 19 LEC), junto con la renuncia, el desistimiento o el allanamiento. Si las partes no tienen facultad de disposición sobre lo que es objeto del proceso, la transacción no resulta posible.

b) En relación con las transacciones colectivas

Conforme a lo que acabamos de señalar, la posibilidad de una regulación de contratos colectivos de carácter transaccional quedaría supeditada a la posibilidad de que una asociación o entidad pudiese disponer negocialmente de aquellos derechos de los consumidores que pudieran llegar a ser objeto de un eventual litigio cuando surgiese una controversia sobre los mismos. No se trata sólo de admitir que la entidad o asociación pudiera negociar en nombre e interés de los consumidores y que pudiera aceptar la constitución de obligaciones en favor de ellos, como estipulaciones a favor de terceros (art. 1257 CC). Se trata de que pudiera ofrecer, a cambio de la constitución de tales obligaciones a favor de terceros, concesiones totales o parciales en el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a los consumidores. El ofrecimiento de tales concesiones constituye un acto dispositivo realizado por un tercero distinto de su titular.

Una empresa de cosméticos comercializa una partida de un producto que produce lesiones cutáneas a los consumidores que lo utilizan. Si una asociación de consumidores y usuarios alcanzase un acuerdo por el que se fijase una indemnización global para la indemnización de los daños causados a un número indeterminado de consumidores por la comercialización de un número determinado

Para hacer posible la transacción, a su vez, el artículo 414 LEC exige que la comparecencia de las partes por medio de su procurador en la audiencia previa al juicio se realice mediante el otorgamiento de un poder que contemple las facultades de renunciar, allanarse o transigir.

¹⁴⁷ Quienes sostienen que la transacción es un negocio de fijación de derechos, no pueden asumir que se trate de un negocio de carácter dispositivo.

de unidades del producto, hace algo más que establecer una estipulación a favor de terceros, porque tal estipulación a favor de tercero habrá tenido como contrapartida en la negociación que no se ejercitarán acciones frente a la empresa. Si fuera una verdadera transacción, se habría transigido sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a esos consumidores. Puede intentarse un efecto semejante con una renuncia a la acción por parte de los consumidores, pero tal renuncia debe ser realizada por los propios consumidores.

Un intento de regulación de las transacciones colectivas requeriría extender la legitimación procesal para el ejercicio de acciones a la legitimación sustantiva para la realización de actos dispositivos por quien no es su titular¹⁴⁸. Hemos visto que las acciones colectivas que procuran una tutela resarcitoria son un instrumento de refuerzo del derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a los consumidores, no un instrumento de sustitución. Si se admite la legitimación sustantiva para la realización de actos dispositivos sobre bienes de terceros, se

¹⁴⁸ En cambio, considera GASCÓN INCHAUSTI, F. *Tutela judicial... cit.*, p. 201, que la legitimación activa prevista en el artículo 11.2 LEC ofrece base suficiente “para entender (...) que incluye la facultad de negociar sobre derechos ajenos y llegar a propuestas de acuerdo colectivo, pues no existen restricciones en cuanto a las facultades que se atribuyen a los legitimados: y, en aplicación de las normas generales, deben caber las transacciones durante el proceso”. Efectivamente no existen restricciones en cuanto a la legitimación, pero también resulta claro que el carácter extraordinario de la legitimación debe conducir a una modalización del alcance mismo de la facultad que se otorga. Así sucede, *mutatis mutandi*, con la legitimación otorgada al comunero que, si bien le permite accionar en interés de la comunidad, tal atribución de legitimación procesal no le permite negociar los derechos de la comunidad sin contar con el resto de comuneros. Este principio debe mantenerse con mayor intensidad aún en relación con el ejercicio de acciones colectivas, sobre todo cuando se viene manteniendo, con alusión al principio de autonomía de la voluntad, que es necesario garantizar la posibilidad de desvinculación de los consumidores afectados respecto de la tutela que la sentencia colectiva proporciona. El mismo autor *–op. et loc. cit.–* admite que resulta “evidente que los datos normativos actuales son insuficientes para considerar que este tipo de transacción colectiva se halla suficientemente regulado en nuestro ordenamiento”, pues sería necesaria una interpretación extensiva del artículo 222.3 y 519 LEC, así como establecer la posibilidad de desvinculación de los consumidores y la introducción de una suerte de trámite de audiencia a los consumidores, además, de permitir que la homologación del acuerdo permitiese una valoración de su contenido y no un mero control formal. Reitera su postura en “Acciones colectivas y Derecho europeo... *cit.*”, p. 733, al señalar que la legitimación otorgada para el ejercicio de acciones colectivas comprende también la legitimación “para negociar en interés de los consumidores”. En sentido parecido, PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acuerdos y acciones colectivas: ¿una posibilidad real? en BLANCO GARCÍA (ed.), *Tratado de mediación*”, Valencia, 2017, pp. 84 y 92 considera que los legitimados para el ejercicio de una acción colectiva pueden promover procedimientos de mediación en los que se alcancen acuerdos que vinculen a quienes no han participado en los mismos, si bien advierte la existencia de insuficiencias normativas en nuestro ordenamiento.

produce una expropiación del derecho, lo que no sucede necesariamente con la atribución de una legitimación procesal extraordinaria para la tutela de los derechos de un tercero.

Aunque se admita esta postura según la cual la atribución de legitimación procesal extraordinaria no comporta la atribución de legitimación sustantiva, cabría admitir la posibilidad de delegación de tales actos dispositivos por los consumidores afectados, o su posterior ratificación. La delegación o ratificación sería a los efectos de la eficacia de los actos dispositivos realizados por la entidad o asociación en interés de los consumidores y usuarios. Todo ello sin perjuicio de que también fuera necesaria tal ratificación en relación con las estipulaciones realizadas en favor de tales consumidores y usuarios e incluso de eventuales obligaciones que pudieran asumirse en el caso de transacciones mixtas. En definitiva, la negociación requeriría una previa delegación o una posterior ratificación¹⁴⁹ por todos los consumidores y usuarios, para salvar la previsión de nulidad del artículo 1259 CC en relación con la contratación a nombre de tercero sin su autorización o representación legal. Si se quiere agilizar esta negociación, al igual que sucede con las acciones colectivas, deberían establecerse las condiciones y circunstancias en que una entidad o asociación podría iniciarla con legitimación –sustantiva– suficiente para vincular a todos los consumidores y usuarios. Dado el tenor de la Directiva, parece que en tales casos debería establecerse la posibilidad de ratificación o de autoexclusión a esa negociación colectiva, por la intensa afectación que se produce en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios.

La Directiva no obliga –aunque tampoco lo excluye– a la regulación de acuerdos transaccionales de carácter colectivo que puedan alcanzarse con carácter previo a un proceso colectivo y cuya eficacia o trascendencia procesal pudiera hacerse valer en un eventual proceso colectivo o en un proceso en el que se hubiera hecho valer una pretensión individual.

Sí que obliga la Directiva al desarrollo de una regulación que prevea la posibilidad de alcanzar tales acuerdos una vez iniciado el proceso colectivo y con la finalidad de poner término al mismo, pero, no contempla la necesidad de una

¹⁴⁹ Esta parece ser la postura mantenida por NOYA FERRERIRO, L., “La transacción” en CASTILLEJO MANZANARES(*dir.*) *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Valencia, 2017, pp. 387 y 388, al afirmar que la legitimación otorgada por el artículo 11.2 LEC se extiende a la promoción de un acuerdo de carácter transaccional si bien será necesaria la ratificación del acuerdo por los afectados, su control judicial en el momento de la homologación e incluso la previa aprobación por el Ministerio Fiscal si se hubiera constituido como parte.

verdadera y propia transacción colectiva entendida esta como negocio dispositivo realizado al margen de todo proceso jurisdiccional que contemple concesiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores afectados por una actuación que ha lesionado de forma masiva sus derechos e intereses individuales¹⁵⁰.

B) EL RÉGIMEN DE LOS ACUERDOS DE RESARCIMIENTO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

a) La adopción del acuerdo y su homologación.

De conformidad con las previsiones de la Directiva, el artículo 864 LEC^{ALAR} permite que la entidad legitimada que haya ejercitado una acción de representación de resarcimiento pueda solicitar, conjuntamente con el empresario o profesional demandado, la homologación de un acuerdo alcanzado para resarcir a los consumidores afectados. La propuesta de acuerdo será así el resultado de una negociación entre quienes son parte en el proceso.

El mismo precepto prevé que el tribunal puede proponer a las partes que lleguen a un acuerdo de resarcimiento ofreciéndoles la posibilidad de suspender el proceso hasta tres meses. La terminología utilizada –que deriva de la letra *b*)

¹⁵⁰ La terminología utilizada en el artículo 11 de la Directiva no resulta en todo punto precisa, sobre todo si se comparan las distintas versiones en las distintas lenguas.

De la redacción italiana de la Directiva parece derivarse que en el proceso colectivo se lleva a cabo la homologación de una verdadera transacción. Así se señala «ai fini dell'approvazione di transizioni (...) l'ente legittimato e il professionista possono proporre congiuntamente una transazione».

Pero, en la versión española y francesa se alude a una propuesta de acuerdo que, sí, ha de ser aprobada u homologada. La versión española de la Directiva, en el artículo 11 señala que «a efectos de la homologación de acuerdos (...) la entidad habilitada y el empresario puedan proponer conjuntamente (...) un acuerdo». En sentido parecido, la versión francesa señala que «aux fins de l'homologation des accords (...) l'entité qualifiée et le professionnel puissent proposer conjointement (...) un accord».

En la versión inglesa, no se habla de homologación, sino de aprobación de una propuesta de acuerdo: «for the purpose of approving settlements» permite que la entidad y el empresario «may jointly propose (...) a settlement».

Finalmente, la versión alemana se limita a aludir a la aprobación de un acuerdo: «Zur Bestätigung eines Vergleichs (...) die qualifizierte Einrichtung und der Unternehmer können (...) gemeinschaftlich einen Vergleich (...) vorschlagen».

Del examen del conjunto de versiones en distintas lenguas del artículo 11 de la Directiva, cabe mantener que no hay propiamente una homologación de un acuerdo ya finalizado entre el actor y demandado que produce sus efectos negociales propios y que busca alcanzar trascendencia procesal para poner término al proceso.

del art. 11.1 de la Directiva 2020/18282– exige una aclaración: aunque las partes lleguen a un “acuerdo”, este, en realidad, no deja de ser una propuesta conjunta de acuerdo, surgida de una negociación entre las partes en el proceso colectivo pero que queda supeditado a la homologación del juez¹⁵¹.

El contenido de la propuesta de acuerdo se describe de forma sintética en el apartado 2 del artículo 864 LEC^{ALAR} y cabe entender que el mismo regula el contenido y forma de la reparación que el empresario o profesional está dispuesto a ofrecer a los consumidores y usuarios damnificados.

No establece el anteproyecto un momento preclusivo para la formulación de esta propuesta de acuerdo. Puede ser en un momento inicial, incluso anterior al auto de aprobación de la relación de consumidores que se han autoexcluido o adherido al proceso colectivo (art. 857.4 LEC^{ALAR})¹⁵² y cabe también entender que la propuesta de acuerdo puede formularse incluso con posterioridad a la presentación de la contestación a la demanda, que puede llegar a demorarse hasta cinco meses después de recaer el auto de certificación de la acción de representación.

El artículo 866 LEC^{ALAR} regula la “eficacia del acuerdo de resarcimiento” y señala que una vez homologado será vinculante “para las partes y usuarios afectados”, siempre que éstos no se hayan desvinculado de la acción colectiva o bien, si

¹⁵¹ Es posible que, en el ejercicio de la acción, concurren varias entidades habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva que ejercitan la misma acción colectiva frente al mismo demandado, no ya de forma conjunta, sino separadamente, en razón de su legitimación extraordinaria. El tribunal puede acordar la acumulación de ambas acciones colectivas en el auto de certificación (art. 833.3 LEC^{ALAR}). Aunque la medida resarcitoria instada pudiera variar en términos cuantitativos, en la medida en que responden a una misma “conducta infractora” hay que considerar que se trata de la misma acción en la medida en que se funde sustancialmente en los mismos hechos y se pretenda, en su género, la misma medida resarcitoria, por más que la petición resarcitoria varíe en sus extremos cuantitativos u otros cualitativos de carácter accesorio. Cabría entender que, aunque el acuerdo fuese negociado entre el empresario y una de las entidades habilitadas, debería contar con el parecer favorable del resto de entidades habilitadas que hubieran ejercitado la misma acción.

Los problemas de concurrencia de varias entidades habilitadas en el ejercicio de la acción se producirán a la hora de establecer un procedimiento de negociación. La presencia de un elevado número de interlocutores en la negociación con el demandado puede dificultar la adopción de un acuerdo. En estos casos resultaría adecuado que el juez pudiese seleccionar a una de las entidades para llevar a cabo la formulación de la propuesta, sin perjuicio de que la formulación definitiva debiera contar con la aquiescencia de las demás entidades que se hubiesen personado en el proceso.

¹⁵² Si así fuera, el auto de homologación del acuerdo no pone término al proceso, sino el auto que aprueba la relación final de consumidores y usuarios adheridos o excluidos, en tanto que este fijará el alcance definitivo del contenido del acuerdo homologado.

se trata de consumidores residentes en otro Estado o cuando se haya establecido en el auto de certificación un sistema de adhesión, siempre que se hayan adherido a la acción colectiva¹⁵³.

El término homologación está tomado de la versión española de la Directiva 2020/1828. Tanto la versión española como la francesa de la Directiva (UE) 2020/1828 aluden a una homologación de la propuesta de acuerdo colectivo for-

¹⁵³ El párrafo segundo del artículo 11.4 de la Directiva 2020/1828 permite a los Estados miembros supeditar esa vinculación a la expresa aceptación o rechazo del acuerdo por los consumidores individuales. Ahora bien, la transposición de esta previsión es potestativa. La Directiva admite la posibilidad de que el acuerdo colectivo sea vinculante para los consumidores sin necesidad de una expresa o tácita adhesión a aquel sobre la base de su adhesión o no autoexclusión a la acción colectiva. El autor del anteproyecto no ha querido introducir una autoexclusión o adhesión específica respecto del acuerdo propuesto, de modo que la misma autoexclusión o adhesión a la acción colectiva determinan la vinculación al mismo.

Es posible que esta autoexclusión o adhesión se produzcan con posterioridad a la homologación del acuerdo, pero seguirán produciéndose respecto del proceso colectivo y su resultado, aunque este resultado sea el acuerdo homologado.

Los artículos 867 y ss. regulan la posibilidad de solicitar la homologación del acuerdo antes de que se produzca la certificación de la acción colectiva y, por lo tanto, con anterioridad a que se abra el plazo para que los consumidores y usuarios afectados puedan manifestar su autoexclusión o adhesión al proceso colectivo. En estos casos, en realidad, la certificación de la acción colectiva se produce de forma implícita en la misma resolución que homologa el acuerdo, pues tal homologación se producirá no solo conforme a lo establecido en el artículo 865 LEC^{ALAR} sino también con concurrencia de los requisitos que determinarían la certificación de la acción, según establece el artículo 868.1 b) LEC^{ALAR}. Si el acuerdo no se homologa, en esta fase inicial, el artículo 869.5 LEC^{ALAR} indica que el tribunal ordenará que el proceso siga adelante y no vemos inconveniente que pueda acordar en esa resolución la certificación de la acción.

Producida la homologación del acuerdo “con anterioridad” o más bien, de forma inmediatamente anterior a la certificación, el auto de homologación abrirá un plazo similar al que hubiera abierto el de certificación, pero ya no para autoexcluirse o adherirse a la acción de representación, como indica el artículo 848 LEC^{ALAR}, sino para autoexcluirse o adherirse al acuerdo resarcitorio (art. 869.1 LEC^{ALAR}). El artículo 872 LEC^{ALAR} regula los efectos de la homologación del acuerdo, con carácter previo a la certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento, en términos idénticos a los que el artículo 853 LEC^{ALAR} establece para el auto de certificación de la acción. En realidad, esta homologación lleva implícita la certificación y por lo tanto los efectos son los mismos, porque el acuerdo resarcitorio no es sino una forma de dar solución al litigio, mediante una resolución que no es una sentencia, sino que se apoya en un previo acuerdo al que dota de la eficacia procesal necesaria para lograr la efectividad de la tutela de los consumidores. Carece así de sentido que el art. 870.1 LEC^{ALAR} afirme que una vez dictado el auto homologando el acuerdo, quedan en suspenso el curso de las actuaciones hasta que transcurra el plazo para que los afectados puedan expresar su voluntad de desvincularse o adherirse al acuerdo, porque tal plazo es un trámite del proceso colectivo, que no puede sobreseerse a pesar de la homologación del acuerdo, en tanto no se alcance una determinación de la extensión subjetiva del acuerdo que deberá ser aprobada judicialmente por medio de auto (art. 870.3 LEC^{ALAR} en relación con el art. 857.4 LEC^{ALAR}).

mulada por la entidad habilitada y actora y por el empresario demandado. El término homologación tiene una intensidad inferior al de aprobación.

La homologación de un acuerdo transaccional es la confirmación de su validez y eficacia obligacional y dispositiva a la que pueden añadirse, en razón a esa misma homologación, efectos procesales, como la inmediata terminación del proceso y la constitución de un título ejecutivo judicial.

En realidad, la homologación a que hace referencia el artículo 864 LEC^{ALAR} tiene una intensidad superior a la que suele atribuirse a un acto de tal naturaleza. La legitimación para el ejercicio de una acción colectiva no comporta la asunción de una legitimación para disponer de derechos de los consumidores, por lo que la homologación del artículo 864 LEC^{ALAR} no lo es de un acuerdo extraprocésal ya eficaz, sino el acto determinante de los efectos que despliega el acuerdo colectivo y que se desenvuelven en el ámbito procesal. El acuerdo colectivo no es un verdadero negocio colectivo con su propia eficacia sustantiva, sino una propuesta consensuada a la que se dota de eficacia procesal en razón de su aprobación. Sin tal aprobación, no despliega ninguna eficacia, por más que la entidad habilitada que interpuso la acción y el empresario o profesional demandado estén de acuerdo en los términos del acuerdo.

b) Los efectos de la homologación, en particular sobre las acciones de cesación y declarativas acumuladas.

El acuerdo homologado vincula a las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción (*ex art. 866.2 LEC^{ALAR}*). Esta vinculación resulta llamativa, pues estas, aunque hayan sido parte en el proceso, no actúan en defensa de un interés propio, sino en interés de los consumidores. El acuerdo transaccional afecta a la situación jurídica litigiosa existente entre el empresario o profesional y los consumidores afectados, por más que su tutela haya sido impetrada por la entidad habilitada y legitimada para el ejercicio de una acción de representación. Esta acción es un instrumento que ofrece una tutela redundante respecto de la que los consumidores podrían intentar alcanzar por sí mismos. Por otra parte, la acción colectiva no proporciona ningún tipo de tutela a la propia entidad habilitada. A pesar de todo lo dicho, es conveniente su vinculación. Adviértase que, en la medida en que se reconoce a ciertas entidades legitimación activa para el ejercicio de una acción colectiva, si bien su ilegítima privación no lesionaría su estricto derecho a una tutela material de sus derechos, sí que lesionaría su derecho –procesal– a promover una tutela jurisdiccional sirviéndose de la acción colectiva. En este aspecto estriba el alcance de la vinculación del acuerdo homologado en el proceso colectivo: en la exclusión de la posibilidad de ejercer una nueva acción de representa-

ción de carácter resarcitorio frente a quien fue parte en el acuerdo homologado en razón a la misma conducta antijurídica. En este punto, la exclusión de una nueva acción también se produce frente al intento de ejercer una acción colectiva por los consumidores que se autoexcluyeron o que no se adhirieron.

Por lo tanto, el art. 866.2 LEC^{ALAR} establece de forma expresa que una nueva acción de representación de carácter resarcitorio resultará inadmisibile, aunque la entidad demandante sea diferente. Se trata de una previsión congruente con el carácter extraordinario de la legitimación conferida para el ejercicio de la acción colectiva. La vinculación consiste, por tanto, en una eficacia excluyente de un posterior proceso. Esta eficacia es de naturaleza procesal, pero no puede identificarse con el efecto de cosa juzgada por las razones que anteriormente vimos respecto de la inadmisibilidad de una segunda acción colectiva cuando ya hubo una previa sentencia en un proceso colectivo seguido contra el mismo demandado y por la misma conducta¹⁵⁴.

Los términos en que se ha redactado el art. 866 LEC^{ALAR} si bien no ofrecen duda de la vinculación de los consumidores y usuarios al acuerdo –con la amplitud señalada en ese precepto en razón del régimen de autoexclusión o de adhesión– no consideran necesario clarificar la naturaleza de esa vinculación. Si se admite nuestra postura que niega eficacia alguna al acuerdo concluido entre la entidad legitimada y el empresario o profesional en tanto no sea homologado, cabe entender que el acuerdo carece de eficacia obligacional. No puede tenerla, porque la entidad habilitada no puede disponer ni de los derechos afectados, ni de los derechos a la tutela judicial que corresponden a los consumidores afectados: carece de legitimación sustantiva. Tampoco puede disponer –lo acabamos de ver– de los derechos procesales que le confiere la acción colectiva, por cuanto que, sin la homologación, el proceso seguirá adelante¹⁵⁵. La eficacia vinculante frente a consumidores y usuarios surge del auto de homologación y hay que considerar que se trata de una vinculación procesal. Si frente al empresario o profesional que alcanzó, en un proceso colectivo, un acuerdo homologado judicialmente, formulase un consumidor vinculado por este acuerdo una reclamación individual de reparación de los daños contemplados en el acuerdo, cabría oponer una cuestión

¹⁵⁴ *Vid supra* epígrafe IV.C) c)

¹⁵⁵ Una eventual renuncia a la acción colectiva no es posible, al prohibirlo el art. 839 LEC^{ALAR}. Un eventual desistimiento, por mucho que se hubiesen pactado con el empresario o profesional, no tendrían eficacia vinculante frente al resto de entidades habilitadas que podrían ejercitar la misma acción colectiva.

procesal análoga a la de cosa juzgada, pero no una *exceptio pacti*, pues ninguna eficacia obligacional surge del acuerdo, ni tampoco del auto de homologación¹⁵⁶.

En otro orden de cosas, el artículo 866.4 LEC^{ALAR} precisa que “ni la celebración de un acuerdo resarcitorio ni su homologación por el tribunal suponen reconocimiento de responsabilidad o culpabilidad por parte del demandado”. El precepto intenta facilitar el logro del acuerdo de modo que no pudiera interpretarse la oferta, por parte del empresario o profesional en el proceso de negociación, como un reconocimiento de su responsabilidad¹⁵⁷. Si el acuerdo finalmente no se alcanza o éste no se homologa, las propuestas que hubieran podido realizarse no pueden considerarse como una admisión de los hechos determinantes de su responsabilidad. De este modo, se facilita que el empresario o profesional demandado puedan iniciar un proceso de negociación. Lo llamativo es que, alcanzado el acuerdo, ni éste, ni tampoco su homologación pueden suponer tal reconocimiento. ¿Significa esto que la transacción colectiva no alcanzará a las acciones de cesación o declarativa que se hubiesen acumulado?

Adviértase que el art. 866.2 LEC^{ALAR} establece la inadmisibilidad de una posterior demanda en la que se ejercite una acción de representación resarcitoria que tenga el mismo objeto que la que finalizó mediante un acuerdo homologado judicialmente y, por otra parte, la homologación se circunscribe a las acciones de representación de resarcimiento, según resulta del artículo 864.1 LEC^{ALAR}, que alude a “un acuerdo para resarcir a los consumidores y usuarios afectados”.

El hecho de que se haya homologado un acuerdo resarcitorio en el marco de una acción de representación resarcitoria no impide, según el tenor literal del anteproyecto de ley, una posterior acción declarativa o incluso de cesación, dirigida, por ejemplo, a prohibir una posterior reiteración de la misma conducta, pues el objeto de las acciones de representación no sería idéntico.

Ahora bien, pudiera suceder que se hubiese acumulado a la acción colectiva resarcitoria una acción de cesación o una acción declarativa.

¹⁵⁶ El art. 866.3 LEC^{ALAR} admite como excepción la posibilidad de reclamar nuevos daños vinculados a la conducta que fue objeto de la acción colectiva y del acuerdo homologado judicialmente siempre y cuando en el propio acuerdo no se hubiese establecido un procedimiento para reclamar esos nuevos daños o el agravamiento de los ya reparados.

¹⁵⁷ La referencia a la “culpabilidad” resulta inapropiada. La responsabilidad del empresario o profesional puede tener un carácter objetivo o responder a elementos normativos como el dolo o la culpa. La exclusión del reconocimiento de la responsabilidad parece suficiente, sin necesidad de hacer referencia a otros conceptos, como el de culpa.

Cabe que el juez acuerde la suspensión de la sustanciación de la acción colectiva de resarcimiento en tanto se resuelve la acción de cesación y la declarativa. Pero si tal suspensión no se acuerda, la negociación podría extenderse a la pretensión de cesación y a la declarativa. También es posible, que, de conformidad con lo establecido en los artículos 867 LEC^{ALAR} y ss., se intente alcanzar un acuerdo con carácter previo a la certificación de la acción colectiva resarcitoria, y que el acuerdo contemple un desistimiento del ejercicio de la acción de cesación o declarativa.

Piénsese en un fabricante que ha realizado una publicidad engañosa sobre un producto y que, en la propuesta de convenio colectivo, ofreciese una indemnización a los consumidores lesionados por la publicidad, así como una rectificación pública de la información ofrecida. ¿Podría cerrarse el proceso sin hacerse una expresa declaración sobre el carácter ilícito de su actuación y sin dirigirle una orden expresa de cesación cuando la misma ya fue solicitada expresamente en la demanda colectiva?

Dados los términos en que se encuentra redactado el art. 866.4 LEC^{ALAR}, el desistimiento de la acción de cesación no impediría su posterior ejercicio¹⁵⁸. El supuesto es más académico que real, porque si en el acuerdo el empresario o profesional se compromete a cesar en la conducta respecto de la que se formuló una acción de cesación a cambio de un desistimiento de la acción de cesación ejercitada y de una fijación de las medidas resarcitorias en unos términos que resulten aceptables, existe –una vez homologado el acuerdo– un título jurídico eficaz para instar ese cese en la posterior ejecución. Con fina precisión, en la doctrina, se ha defendido la posibilidad de que pudieran alcanzarse en el seno de la acción de cesación acuerdos, no en relación con el cese en la conducta ilícita, sino en la reparación de la lesión del bien supraindividual no ya mediante medidas resarcitorias individuales, sino mediante la remoción de obstáculos para el disfrute del bien colectivo lesionado por la conducta ilícita¹⁵⁹. Si la forma de llevar a cabo esa remoción se incluye en el acuerdo, no parece que ninguna entidad vaya a instar una nueva acción de cesación, para reclamar el cese de esa actuación o para instar

¹⁵⁸ Adviértase que su renuncia, por la entidad habilitada no es posible, como ya señalé, conforme al artículo 839 LEC^{ALAR}.

¹⁵⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial... cit.*, págs. 156 a 158. En esta última afirma: “el foco de atención, por tanto, ha de ponerse no tanto en el bien jurídico cuya lesión se afirma, sino en el modo de reparar la lesión en cuestión: este es el ámbito sobre que se puede proyectar una transacción colectiva”.

la declaración de que su conducta fue antijurídica, si se han adoptado medidas resarcitorias adecuadas encaminada a la remoción de aquellos obstáculos.

Evidentemente, si al ejercitarse la acción no se hubiese solicitado un expreso pronunciamiento de que una práctica de un empresario constituye una infracción del Derecho comunitario, sino que las pretensiones expresamente formuladas se hubieran limitado al resarcimiento individual o global a los consumidores afectados y la cesación de la conducta del demandado, podría formularse una propuesta de convenio que se limitase a señalar las medidas de resarcimiento y que acogiese como contenido de las medidas resarcitorias, concretas actuaciones que tengan la material trascendencia de un cese en la conducta antijurídica. El supuesto me parece, nuevamente, académico. La práctica llevará normalmente a formular pretensiones de declaración de que la conducta del demandado es antijurídica y a instar el resarcimiento de los perjudicados y el cese de esa conducta. Y seguramente, en la práctica, se acepten acuerdos en los que se desista de las acciones declarativa y de cesación a cambio de medidas de resarcimiento adecuadas.

Sucede que, conforme a la previsión del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tal transacción no parece posible, al menos en el ámbito de las condiciones generales de la contratación. El principio de efectividad allí recogido impone el control de oficio del cumplimiento del Derecho comunitario y no podría prescindirse de una declaración de ilicitud del comportamiento y de la correspondiente orden de cesación. No puede eludirse el carácter de mecanismo de control del mercado por los particulares (*privateenforcement*) que corresponde a las acciones de cesación, ni tampoco que esta atribución del control a los particulares se lleva a cabo con una finalidad disuasoria (*deterrence*) intensificada mediante una amplia generalización de la legitimación más allá de la que correspondería en un sistema de control exclusivamente administrativo. En este ámbito de la tutela de los consumidores frente a las condiciones generales de la contratación abusivas, las acciones colectivas cumplen una clara función reguladora del mercado y la formulación de una pretensión de declaración de que una condición general de la contratación resulta contraria al Derecho comunitario de protección de los consumidores, de ser escamoteada mediante una propuesta de convenio colectivo, merecería el reproche y la desaprobación de la propuesta en cuanto contraria al principio de efectividad del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

Por otra parte, no puede desconocerse la eficacia general de las acciones colectivas de declaración y de cesación, que no queda limitada en ningún caso por

un sistema de adhesiones o desvinculaciones de los consumidores ya afectados por el comportamiento antijurídico. Si se admitiese que el contenido declarativo o inhibitorio de la acción colectiva de cesación pudiera ser objeto de “transacción” por el hecho de haberse acumulado tal acción a otra de contenido resarcitorio, se estaría transigiendo sobre un interés colectivo y en relación con consumidores ya afectados que pueden no haberse adherido a la acción colectiva resarcitoria o, en su caso, desvinculado de ella, amén de los consumidores aún no afectados pero sobre los que los pronunciamientos de cesación y declarativo tendrían, a largo plazo, indudable trascendencia. Adviértase además que de conformidad con lo señalado por la STS 367/2017, de 8 de junio, el pronunciamiento declarativo o de cesación desplegaría una eficacia prejudicial sobre las acciones individuales de los consumidores no adheridos o desvinculados de la acción colectiva.

Finalmente, resulta de interés además que el artículo 15 de la Directiva 2020/1828 establece que “las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro, que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores puedan ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba”. Se busca dar un efecto comunitario a las declaraciones ilicitud o antijuridicidad de un comportamiento en el mercado.

No parece adecuado que la transacción colectiva alcance a los pronunciamientos declarativo de ilicitud y de cesación. No lo prevé el anteproyecto, ni cabe alcanzar tal consecuencia mediante la acumulación del pronunciamiento declarativo y de cesación a la acción de representación de resarcimiento.

Por otra parte, lo señalado en el artículo 866.4 LEC^{ALAR} tiene un alcance limitado. Homologado el acuerdo, no queda fijada, ni reconocida, la existencia de elementos determinantes de la responsabilidad empresario o demandado –el dolo o la culpa–, circunstancias que, por otra parte, no han de ser tenidas en cuenta para apreciar, en la correspondiente acción de cesación, la existencia de un comportamiento antijurídico –lo que sería objeto de la acción declarativa– o de un deber de cesar en ese comportamiento.

V. CONCLUSIONES

La posibilidad de que las asociaciones de consumidores y usuarios o ciertas entidades puedan pretender la tutela jurisdiccional por los daños sufridos por consumidores responde a un mecanismo de legitimación extraordinaria que encuentra su fundamento constitucional en la facilitación del acceso a la justicia.

La tutela colectiva resulta adecuada en casos en que la desproporción entre la cuantía de la reclamación y los costes del proceso puede desincentivar el ejercicio de la acción por los damnificados. En los casos en que exista el riesgo de que los consumidores se vean imposibilitados para solicitar la tutela jurisdiccional, la acción colectiva por más que comporte una forma colectivizada de tutela, constituye un instrumento de refuerzo de la tutela jurisdiccional.

Desde este punto de vista, el desplazamiento de la legitimación del consumidor afectado a una asociación o entidad constituida para la tutela de los consumidores y usuarios constituye una medida constitucionalmente proporcionada, en tanto que tal desplazamiento no es una expropiación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino un mecanismo redundante, de refuerzo, de ese mismo derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso de las acciones colectivas de cesación, éstas no responden a una colectivización de la tutela que podría proporcionar una acción individual. La sentencia de cesación afecta a la situación jurídica de una pluralidad indeterminada de sujetos, pero no mediante una multiplicación y reiteración de su eficacia respecto de cada afectado, sino de forma única, uniforme y no individualizada. Estas acciones de cesación son mecanismos de *private enforcement*, que llevan a cabo un control abstracto sobre el carácter antijurídico del comportamiento de un agente del mercado, al margen de las consecuencias que tal comportamiento haya ocasionado en concretos consumidores. Su eficacia se proyecta sobre un grupo indeterminado y permeable.

Nuestro ordenamiento jurídico ha permitido la acumulación, a la acción de cesación, de pretensiones de carácter resarcitorio, lo que ha dado lugar a problemas de aplicación de las normas reguladoras del procedimiento, la intervención de los afectados y la extensión de los efectos sentencia. Estos problemas se han agudizado cuando las pretensiones acumuladas eran de nulidad de condiciones generales de la contratación y de restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas que se reputaban ilícitas. El control abstracto, propio de la acción de cesación y centrado en el carácter antijurídico del comportamiento respecto del que se solicitaba una condena inhibitoria, con independen-

cia de las concretas consecuencias en cada consumidor, se compaginaba mal con la concreta determinación de las consecuencias de la nulidad y la consiguiente procedencia de la restitución de lo indebidamente abonado. La inadecuación de esta acumulación se advierte en la STJUE de 14 de abril de 2016 que llegó a admitir la posibilidad de desvinculación de los consumidores individuales frente a una acción de cesación, en atención a la presencia de pretensiones acumuladas a la de cesación de declaración de nulidad y restitución de prestaciones.

La transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 se presenta como una ocasión para introducir modificaciones legislativas que ayuden a superar las dificultades advertidas hasta el momento. Las previsiones del anteproyecto de Ley de acciones de representación presentado al Consejo de Ministros por los Ministerios de Justicia y Consumo acogen medidas acertadas:

- a) Se establece en la regulación de las acciones de representación una neta distinción entre las acciones de representación resarcitorias y las de cesación.
- b) El nuevo régimen excluye la posibilidad de desvinculación de los consumidores respecto de las acciones de cesación, de conformidad con lo establecido en la Directiva comunitaria y la naturaleza indivisible y común del interés tutelado por esta acción. También de la declarativa que se pronuncie, con carácter abstracto, sobre la antijuridicidad del comportamiento del empresario o profesional demandado. La legitimación otorgada a las entidades y asociaciones habilitadas para su ejercicio responde a la identificación de quienes se encuentran en mejores condiciones para el ejercicio de una acción colectiva que no tutela un interés individualizable de forma exclusiva en concretos consumidores. La acción de cesación –también la declarativa del carácter antijurídico de un comportamiento– se proyecta sobre el conjunto indeterminado y permeable de consumidores que conforman el mercado de demandantes de bienes y servicios y responde a la noción de policía de mercado.
- c) En relación con las acciones de representación resarcitorias, el autor del anteproyecto adopta dos decisiones valientes y adecuadas: excluir la intervención de los consumidores en el proceso colectivo y optar –como regla general– por un sistema de desvinculación frente a la acción colectiva, en lugar de un sistema de adhesión a sus efectos.
- d) La exclusión de la intervención favorece una mejor y más ágil sustanciación de la acción colectiva toda vez que los consumidores afectados cuentan con la posibilidad de desvincularse de la sentencia colectiva. La tutela colectiva muestra su carácter de refuerzo respecto de la tutela que

el consumidor podría obtener individualmente. La opción por un sistema de desvinculación es pertinente para el logro de las finalidades propias de la acción colectiva, de facilitación del acceso a la justicia y de disuasión de comportamientos antijurídicos.

- e) Resulta acertada la supresión de las posibilidades de acumulación de pretensiones resarcitorias a las acciones de cesación. De pretenderse, junto a la cesación y declaración del carácter antijurídico de un comportamiento, el resarcimiento de daños, deberán acumularse las pretensiones declarativas y de cesación a la de resarcimiento. Este régimen es claro en el anteproyecto. Cabe añadir a los anteriores aciertos que el anteproyecto deja sin definir cuál es el cauce más adecuado para instar la declaración de nulidad de cláusulas abusivas de la contratación y los consiguientes efectos restitutorios. Debería haberse señalado de forma expresa, que en el caso de instarse la restitución de prestaciones indebidas como consecuencia de la apreciación de la nulidad de una condición general de la contratación, tal restitución necesariamente debe entenderse como una pretensión restitutoria que deberá encauzarse a través de una acción de representación resarcitoria.
- f) Finalmente, el anteproyecto aborda la regulación de los acuerdos entre las entidades habilitadas y los empresarios o profesionales demandados que permitan poner término al proceso colectivo en el que se hubiese ejercitado una pretensión de resarcimiento. El acuerdo acogerá una solución que las partes consideren aceptable y que el tribunal apruebe. Entendemos que tales acuerdos no parece que puedan condicionar las medidas de resarcimiento a un desistimiento de la acción de cesación o declarativa que hubiera llegado a acumularse, sobre todo, en materia de condiciones generales de la contratación, por cuanto sería contrario al principio de efectividad establecido en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M. “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828” en *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79 (abril-septiembre 2021), págs. 97-138.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ PICAZO, L. (dir.) con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, 2002, pp. 77 a 93.

ARMENGOT VILAPLANA, A. “Intervención de consumidores y acumulación de pretensiones en el proceso colectivo” en ORTELLS y CUCARELLA (coord.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Cizur Menor, 2019, p. 245-278.

Hacia una reconstrucción de la acción colectiva, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

“La cosa juzgada en las acciones colectivas” en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.) *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, págs. 253-272.

ARMENTA DEU, T. “Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español”, en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO, R. (coord), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, 2014, pp. 163-185.

“La legitimación en las acciones colectivas” en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.) *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, pp. 103-148.

ASENCIO MELLADO, J.M. Comentario al artículo 43 en GIMENO SENDRA, V. (dir.) y MORENILLA ALLARD, P. (coord), *Proceso Civil Práctico*. 4ª ed. T. I. Las Rozas, 2010, pp. 934-938.

BARÓN DE BENITO, J. L. *Ley sobre condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*. Madrid, 1998.

BARONA VILAR, S. Comentario al artículo 12, en en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord), *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Elcano, 1999, pp. 391-485.

BELLIDO PENEDÉS, R. “La protección de los consumidores en el proceso civil” en *RGDPro23*, 2011.

BONACHERA VILLEGAS, R. *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Valencia, 2018.

“Publicidad e intervención en las acciones colectivas” en ARMENTA y PEREIRA (coords.) *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires–São Paulo, 2018, pp. 221-234.

BONET NAVARRO, A. “Eficacia ordenadora de principio de autonomía privada y sus límites en el sistema procesal civil” en PARRA LUCÁN, M.A., (dir.) *La autonomía privada en el Derecho Civil*, Cizur Menor, 2016, pp. 403-498.

CABAÑAS GARCÍA, J.C. *La tutela judicial del tercero*, Madrid, 2005.

CALAMANDREI, P. “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, en *Estudios sobre el proceso civil*, SENTÍS MELENDO, S. (trad.), Buenos aires, 1945, pp. 225-261.

CALDERÓN CUADRADO, P. “La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios” en BARONA VILAR, S. (coord), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª edición. Valencia, 2003, pp. 403 a 413.

CAÑIZARES LASO, A. “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo, STJUE de 21 de diciembre de 2016” en *Revista de Derecho Civil*, vol. III, no 4, 2016, pp. 103-123.

CARRERAS LLANSANA, J. “El derecho procesal como arte” en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 51-62.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 15ª edición (rev.FERRANDIS), Madrid, 1993.

CORDÓN MORENO, F. “La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero Nuevo de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 2007, nº 44.

COROMINAS BACH, S. *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Madrid, Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018

CUCARELLA GALIANA, L.A. “Litigación masiva, legitimación de asociaciones y tutela de derechos e intereses jurídicos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil” en ORTELLS y CUCARELLA (coord.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Cizur Menor, 2019, pp. 177-210.

DE ANDRÉS HERRERO, M.A. Comentario al artículo 43, en MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I. Valencia, 2015, pp. 496-500.

DE CASTRO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” en *Anuario de Derecho Civil*, 1961, nº 2, pp. 295 a 342.

“Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, nº 4, pp. 295 a 342.

DE LA OLIVA SANTOS, A. Comentario al artículo 43, en DE LA OLIVA, Díez-PICAZO, VEGAS, BANCLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pp 159-161.

Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid, 2005.

El papel del Juez en el Proceso Civil, Cizur Menor, 2012.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I Comentario al artículo 20 LCGC en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ PICAZO, L. (dir) con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord), *Comen-*

tarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación, Madrid, 2002, pp. 807 a 818.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edic., Madrid 2002.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a “La condena en costas en el contexto del Derecho comunitario de consumo” en *Revista jurídica sobre consumidores*, número especial, septiembre 2020.

GARNICA, FERRERES, DÍEZ-PICAZO, AGUILERA “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en *Diario La Ley*, n^o 9938, 22 de octubre de 2021, págs. 1-11.

GASCÓN INCHAUSTI, F. *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Cizur Menor, 2010.

“Acciones de cesación” en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir) *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2011.

“¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre, 2020), vol. 12, n^o 2, pp. 1290-1323.

Acumulación de acciones y de procesos civiles, Las Rozas, 2019.

“Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español”, en GASCÓN y PEITEADO (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil*, Barcelona, 2022, pp. 699-747.

“Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores” en *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2023 [<http://www.almacenedderecho.org>].

GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Civil*. T. I, 8ª edición. Madrid, 1976.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Elcano, 1999.

Comentario al artículo 54 en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Majadahonda, 2011, pp. 431-445.

HINES, L. “The Dangerous Allure of the Issue Class Action” en *79 Ind. L.J.* 567 2004.

HORTELANO ANGUITA, M.A. “Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para los intereses colectivos de los consumidores” en *Actualidad Civil*, n^o 2, febrero 2023 [consultado en versión electrónica].

ISSACHAROFF, S. “Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions” *The Suprem Court Review*, vol. 1999

“Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience” en 34 *Tex. Int’l L.J.*, 135, 1999.

“Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Action”, 77 *Notre Dame L. Rev.* 1057 (2002).

JUAN SÁNCHEZ, R. *La legitimación en el proceso civil*. Cizur Menor, 2014.

LACRUZBERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. 2, 3ª edición (rev. RIVERO), Madrid, 2005.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “La legitimación procesal en materia de medio ambiente” en EMBID IRUJO, A. (dir.) *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Madrid, 2008, pp. 383-421.

El sistema de las classactions en los Estados Unidos de América, Granada, 2011.

“La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios” en CARBONELL PORRAS(-dir.) y CABRERA MERCADO (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, 2014, pp. 207-238.

“De la colectivización de acciones individuales a la tutela colectiva inhibitoria y de control abstracto de licitud” en JUAN F. HERRERO (dir.) *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Cizur Menor, 2015, pp. 173-202.

“Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones” en DíEZ-PICAZO Y VEGAS (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liberamicorum de Andrés de la Oliva Santos*, t. II, Madrid, 2016, pp. 1883-1913.

“Un proceso sin interesados. Colectivización de la tutela: «optout» y proceso modelo” en HERRERO PEREZAGUA (dir.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, 2016, pp. 111-143.

“La Propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio” en JIMÉNEZ CONDE (dir.) *Adaptación del Derecho Procesal Español a la normativa europea y su aplicación por los tribunales*, Valencia 2018, pp. 413-421.

“Los retos de la Justicia civil ante los litigios en masa” en *LógroS y retos de la justicia civil en España*, Valencia, 2023 (en prensa), pp. 275 a 356.

MÁLAGA DIÉGUEZ, F. *La litispendencia*. Barcelona, 1999.

MARTÍN PASTOR, J. “La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a

las acciones representativas de cesación y reparación” en ORTELLS y CUCARELLA (coord.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Cizur Menor, 2019, pp. 121-175.

Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MORENO GARCÍA, L. *Las cláusulas abusivas*, Valencia, 2019.

“La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020” en *Revista de Derecho Mercantil*, 13 de abril de 2023 [consultado en versión electrónica]

NAGAREDA, R.A. “Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Actions” en *115 Harv. L. Rev.* (2001-2002).

“Class Actions in the Administrative State: Kalven and Rosenfield Revisited” en *75 U. Chi. L. Rev.* (2008).

NOYA FERREIRO, L. “La transacción” en CASTILLEJO MANZANARES (dir.) *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Valencia, 2017, pp. 373-408.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. “Los ejes fundamentales del sistema de las acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *legeferenda*” en *Justicia*, 2020, nº 2, pp. 47-117.

ORTELLS RAMOS, M. “Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas en el proceso civil español. Las normas y su aplicación” en ORTELLS RAMOS y CUCARELLA GALIANA, (coords.) *Litigiosidad masiva y eficiencia de la Justicia civil*, Cizur Menor, 2019, pp. 25-80.

PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. “Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016” en *InDret*, nº 1, 2023

PLANCHADELL GARGALLO, A. “Acuerdos y acciones colectivas: ¿una posibilidad real? en BLANCO GARCÍA (ed.), *Tratado de mediación*, Valencia, 2017

“Acciones colectivas y acceso a la Justicia” en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.) *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 175-205.

PORTELLANO DÍEZ, P. Comentario al art. 12 en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO, L. (dir.) con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, 2002, pp. 567-620.

REYNALQUEROL, N. *La prejudicialidad en el proceso civil*. Barcelona, 2006.

SANDE MAYO, M^a. J. *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Cizur Menor, 2018.

“La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de opt-in y optout” en ARMENTA y PEREIRA (coords.) *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, 2018, pp. 121-134.

SIGÜENZA LÓPEZ, J. *Intervención de terceros en el proceso civil español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

SCHUMANN BARRAGÁN, G. *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2022.

TAMAYO HAYA, S. *El contrato de transacción*, Madrid, 2003.

VALLESPÍN PÉREZ, D. “La intervención de terceros en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios” en *Práctica de Tribunales*, 132, mayo-junio 2018.

DICURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Sr. D. Ángel Bonet Navarro

Académico de Número

Excelentísimo señor presidente, excelentísimas señoras académicas y excelentes señores académicos, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, señoras, señores, quiero iniciar mi intervención mostrando dos sentimientos complementarios: mi agradecimiento y mi satisfacción al dar la bienvenida corporativa al recipiendario en esta solemne y simbólica ceremonia. Debo agradecimiento al nuevo académico por haber dado mi nombre para llevar a cabo esta misión que ejerzo por primera vez; percibo además satisfacción por ofrecerme la ocasión de contestar a un discurso de tan denso contenido como singular y brillante exposición.

De acuerdo con los usos académicos, dedicaré la primera parte de mi intervención a hacer una *laudatio* del nuevo académico para luego hacer lo que propiamente constituye la contestación de su discurso.

§

Pero, con carácter preliminar, quiero expresar que me complace dedicar algunas palabras a iluminar la circunstancia particular que concurre en este acto, cuya naturaleza, por lo que seguidamente diré, ofrece un aspecto que honra a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación; me refiero a la sucesión de un prestigioso académico, el profesor Javier López Sánchez en el sillón, designado con el nombre del insigne jurista Luis Legaz Lacambra, que ocupó hasta su fallecimiento otro ilustre académico: el doctor Jesús López Medel.

No podemos ocultar esa dimensión que pongo de relieve, considerando este acto como si fuera un mero trámite de sucesión académica reglamentaria, o como algo protocolario que pudiera despacharse con solemnidad, pero sin memoria.

Esta concreta recepción del nuevo académico significa, por sí, el sentido presente y franco del respeto de la Academia a su linaje. Porque esta sucesión se enhila en un conjunto de hechos en los que la Academia reconoce con justicia su historia y que, con la incorporación de este nuevo académico, avista con júbilo su futuro.

El nombre y obra iusfilosófica del jurista zaragozano, Luis Legaz Lacambra, distingue uno de sus sillones. Pero además inspiró la institución, por parte de la Academia, de uno de los tres premios erigidos para los jóvenes juristas, en concreto a los dedicados al estudio de la Filosofía del Derecho.

El sillón, así designado, fue ocupado inicialmente por nuestro recordado académico de número excelentísimo doctor darocense, Jesús López Medel, Registrador de la propiedad, General Consejero Togado y profesor de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, Premio Nacional de Literatura, académico de las Reales Academias de Doctores, y de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Por una parte, la historia, vida de la memoria, mensajera del pasado (CICERÓN, *El orador*), hoy nos hace contemplar las huellas de quienes han venido forjando desde el principio, con su crédito, el espíritu de esta corporación; fortaleciendo su semblanza. La Academia contempla satisfecha, con reconocimiento, su historia

Por otra parte, el académico recipiendario, un jurista afincado en Zaragoza desde su primera dedicación profesoral universitaria, Javier López Sánchez, desempeñará su oficio académico, a partir de hoy, desde ese sillón, del que tomará posesión, revelando simbólicamente la aceptación de su condición de académico de número. Así, la Academia, con la incorporación del doctor López Sánchez, propicia la afirmación vigorosa de un patrón de identidad perdurable y esclarecido que se prolongará en nuestro recipiendario con su dedicación a la tarea académica. La Academia es su futuro para ella misma.

Es oportuno hacer resonar, en este salón, las palabras de Goethe que convergen bien con el sentir de la Academia y con esta, por hoy, última incorporación académica:

“Dichoso aquél que recuerda a sus antepasados con agrado, que gustosamente habla de sus acciones y de su grandeza y que serenamente se alegra viéndose al final de tan hermosa fila”.

§§

Según el ceremonial de nuestra corporación se me impone, en primer lugar, hacer una *laudatio* de los méritos del nuevo académico.

Nacido en Madrid, estudió la licenciatura de Derecho en la Universidad Complutense que terminó con un brillantísimo expediente académico. Afincado en Zaragoza desde 1991, el doctor López Sánchez inicio los cursos de doctorado en la Facultad de Derecho que culminaron con la redacción y defensa de una excelente tesis sobre “El embargo de la empresa”, calificada con sobresaliente *cum laude*. Pronto se incorporó a la docencia del Derecho Procesal como profesor asociado; y en el año 2001 obtuvo el puesto de profesor Titular; acreditado como catedrático en el año 2014, consiguió y profesó su plaza de catedrático de Derecho Procesal de la universidad cesaraugustana. Ha sido decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza; y presidente de la Conferencia de Decanos de las facultades de Derecho de España.

En su magisterio como profesor, ha reunido su tarea docente e investigadora en un único designio: reconocer que el complemento de ambas es necesario en su proyecto académico. Y, sabedor de que, como se ha dicho, la teoría no es la base de la creación sino solo una forma de interpretar la experiencia vital, ha anclado siempre su estudio en el conocimiento experimental del Derecho en la sociedad.

Sus estancias de investigación en la *Law School* de la Universidad de Houston, con el profesor Gidi y en la *New York University* con el profesor Issacharoff, le sirvieron para imponerse en esta metodología del conocimiento, investigación y exposición del Derecho que no ha abandonado.

El recipiendario es autor de ocho monografías y más de un centenar de publicaciones repartidas en libros con otros autores; y en revistas españolas y extranjeras. De todas sus obras hay registro en el archivo de la Academia en el que consta el currículo que acompañó a su propuesta como candidato para ocupar este sillón. Reprimiendo el ánimo de dar cuenta prolija de todas sus obras, para no hacer enojosa esta relación, solo citaré las monografías:

El embargo de la empresa, El proceso monitorio, El interés casacional, Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, La reforma de la ley concursal, El sistema de las classactions en los Estados Unidos de América, El proceso concursal, y La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales y Proceso civil y mediación, con otros autores.

Su labor docente e investigadora ha sido simultaneada con su activa contribución en el trabajo prelegislador del Ministerio de Justicia, correspondientes a la incorporación al Derecho español de la Directiva 2004/48/CEE, relativa al respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual; y a la adaptación de las normas procesales españolas para facilitar la aplicación del Reglamento (CE) no

1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

Investigador participante y principal en diversos proyectos de investigación, ponente en numerosos congresos nacionales e internacionales de Derecho Procesal, es miembro del *European Law Institute*, de la Asociación Española de Derecho de la Insolvencia y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

§§§

No por ser costumbre o uso académico tradicionales hacer seguir, al discurso de ingreso, un discurso de contestación expuesto por un académico de número designado por la Academia, deja de ser oportuno considerar, en esta ocasión, el significado de esta actuación dentro de este acto colmado de símbolos.

El discurso de ingreso en la Academia no se inserta acrónicamente en algo parecido al uso gremial del medievo, en virtud del cual el aprendiz que quería convertirse en maestro debía ejecutar con éxito ante unos jueces del gremio su obra maestra; en su caso, ellos le darían su beneplácito y, el aspirante, convertido ya en maestro, podría abrir su propio taller, contratar obras o establecer formas de comercialización. El académico recipiendario, según he expuesto antes, al resumir su currículum, disertando ante nuestra corporación, no se está sometiendo a una especie de juicio gremial, porque, ya desde hace años, oficia, como maestro, inspirando la tarea de nuevos epígonos.

Sin embargo, no me quiero separar del símil externo que puede apreciarse entre aquel juicio gremial y este acto académico. Aquí hay obra maestra realizada: el discurso titulado “La vinculación de los consumidores a la acción de representación”, una corporación destinataria y la intervención elocutiva de un académico por comisión de ella. Por eso, en este punto, quiero llamar la atención acerca de que la ceremonia de ingreso —lo han leído en la invitación al acto— no contempla una respuesta, sino una contestación al discurso del recipiendario.

Frecuentemente, en el lenguaje corriente, se emplean indistintamente estas dos palabras: contestar y responder. En las raíces de la cultura jurídica clásica, contestar no es lo mismo que responder. La respuesta (*responsum*) se hace a una *interrogatio* anterior; deriva del negocio típico que era la *sponsio*. La *contestatio* tiene que ver en Roma con el *accipere iudicium*. Un resplandeciente comentario de Gayo en sus *Instituciones* nos muestra como la *litiscontestatio* se desarrollaba ante el pretor mediante un diálogo vigoroso y solemne entre los litigantes que, durante el debate, mantenían cogida en su mano una *festuca*, varita ceremonial que se usaba en sustitución de la lanza, uno de los símbolos de la defensa del derecho quirritario de la propiedad.

La respuesta y la contestación se insertan dentro de un diálogo, pero de diferente manera. Así lo expresa el aforismo dorsiano: “se contesta al que afirma; se responde al que pregunta”. Nada encuentro más adecuado para decirlo en este momento en el que mis palabras de contestación se dirigen a un catedrático de Derecho procesal, porque el género de la contestación pertenece a una estructura del proceso bien estudiada por él. La contestación a la demanda por el demandado (y no respuesta a la demanda, porque el demandante no ha preguntado nada) no es otra cosa, sino afirmación, en su múltiple contenido posible: admisión o negación de hechos, introducción de otros hechos, allanamiento, u oposición jurídica a la pretensión del demandante.

Sencillamente, el discurso de contestación sirve para poner de relieve el sentido dialógico de este acto. El asunto o cuestión propuesta en el discurso de ingreso por el académico electo es glosada, quizá adicionada o incluso discutida por el discurso de quien lo contesta (*contestatio*). El discurso de ingreso es anticipo de las aportaciones que se compromete a realizar el nuevo académico; el discurso de contestación es expresión de acogida y diálogo que desde ahora se entabla entre el nuevo académico y los demás miembros de la corporación. En definitiva, actuando por representante, la cuestión propuesta es tomada en consideración por la Academia.

§§§§

Cuando el doctor López Sánchez publicó su monografía sobre las *classactions* norteamericanas, en el prólogo de ella se decía que aquel trabajo no era “un modo de alejarse de los problemas que presenta la actual regulación del proceso civil español, como si quisiera quedarse el autor —en un gozoso entretenimiento sobre curiosidades extranjeras—...” instalándose “en un ámbito de estudio abierto a las generalidades o a practicar ciertos análisis de rarezas sólo reservados a quienes tienen un escaso compromiso de rendimiento con el tiempo y con la responsabilidad ante las nuevas situaciones”, sino que, como el recipiendario concluye, al término del primer capítulo de esa obra, con un juicio adelantado: “conviene analizar la evolución que las *classactions* han experimentado en el Derecho norteamericano, porque puede proporcionarnos la prospectiva de las tendencias que, por mimetismo o por el dinamismo generado por el impulso hacia lo colectivo, acabarán por surgir en nuestro sistema jurídico”. El profesor López Sánchez no ha abandonado su puesto de observación de este fenómeno de articulación entre la tutela colectiva y la disponibilidad de los derechos por los consumidores. Y ahora lo vuelve a ocupar.

El tiempo ha venido a apoyar aquellas consideraciones proemiales y el objeto de su obra. Este discurso se inserta hoy de manera ineludible en el ámbito de las exigencias impuestas ya, en este momento, por el requerimiento perentorio de adecuar la norma procesal a la realidad social española.

Ha transcurrido cierto tiempo desde que se escribieron las líneas a las que me he referido. Y algo más de tiempo desde que se promulgó la Ley de enjuiciamiento civil. En la exposición de motivos de esta se expresaba que ella era “una respuesta tributaria e instrumental de lo que disponen y puedan disponer en el futuro las normas sustantivas acerca del punto, controvertido y difícil, de la concreta tutela que, a través de las aludidas entidades, se quiera otorgar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades”. Y seguidamente añadía: “Como cauce para esa tutela, no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos”.

Ahora, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en su Exposición de Motivos, anuda a la “debilidad del consumidor en las relaciones de mercado, y a la desproporción [de] los gastos que el proceso lleva consigo respecto de las cantidades que el consumidor recuperaría”, la introducción de un específico tratamiento normativo de las acciones de representación. El prelegislador, abandonando la técnica de abordar parcialmente la solución del problema por medio de unas y otras leyes, decide crear un sistema integral, unitario y coherente de tutela colectiva.

La Ley de enjuiciamiento civil lleva todo su período de vigencia sometida a diversas obras de reformas interiores –menores o mayores–; el ejercicio de las acciones colectivas ha recibido diversas modificaciones dentro de ella y en el contexto de una pluralidad de normas procesales extravagantes. Pero, ahora, la Ley de enjuiciamiento civil se incrementa con una obra mayor, algo parecido al levantamiento de un piso nuevo en un edificio ya estrenado hace unos años: la adición de un nuevo título en el capítulo cuarto con la creación de unos procesos especiales para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Unos de esos procesos especiales imprescindibles apuntados en su exposición de motivos.

La evolución de la tutela colectiva de los consumidores expuesta en el discurso del recipiendario observa, sin duda, este punto en el que nos hallamos; en él confluyen la necesidad y la utilidad de conseguir mecanismos eficaces para la defensa de los intereses de los consumidores. Por eso, el recipiendario completa

su tarea analizando la propuesta de la trasposición de la Directiva 2020/1828 al Derecho español.

Parece que ahora el reloj ha marcado la hora conjeturada por nuestro nuevo académico en su monografía. Aquellos paradigmas norteamericanos proyectan ya su sombra sobre el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, el destinatario no se ha conformado con recrearse en su obra acreditada y anunciadora, haciendo paráfrasis confortables sobre lo dicho, sino que, consciente de la realidad en la que nos encontramos, ha decidido seguir estudiando y reflexionando sobre un aspecto de estos nuevos procesos que pudiera parecer inquietante: la ambigua puesta en cuestión de uno de los principios basilares del proceso civil; me refiero al principio dispositivo que configura “razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos”, como dice la exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento civil. En definitiva, el modelo genuino, que podría considerarse original, del proceso civil.

“El desplazamiento de la legitimación para la tutela de los derechos e intereses afectados de sus directos titulares a quien capitaliza el impulso necesario para lograr la actuación del ordenamiento jurídico en interés de aquellos”, decidiendo el legitimado lo que “considera oportuno y conveniente llevar a cabo en interés de la colectividad”, “la exclusión de cualquier tipo de intervención de los consumidores en el proceso en que se encauza una acción de representación, para defender su derecho e interés”, “la prohibición de ejercitarse acciones resarcitorias individuales cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación”, “la vinculación al resultado de la acción de representación de los consumidores que hubiesen permanecido inactivos, a partir de ese momento”, “la extensión de la legitimación procesal para el ejercicio de acciones a la legitimación sustantiva para la realización de actos dispositivos por quien no es su titular”, por citar algunos ejemplos tomados de la exposición del profesor López Sánchez, señalan caracteres ajenos a la autonomía de la voluntad y al principio dispositivo

§§§§§

El doctor López Sánchez ha ofrecido a nuestra Corporación y a todos los asistentes a este acto un discurso de ingreso magistral, dispuesto firmemente sobre una vigorosa secuencia argumental cabalmente articulada, siguiendo su modo de trabajar, bien conocido por la comunidad científica. En su exposición es fácil descubrir una línea de fuerza consolidada por la tarea minuciosa de afrontar la reflexión sobre la eventual compatibilidad de la tutela colectiva de los consumidores, como sistema, con la cuestión particular de una disponibilidad del derecho individual a la tutela judicial efectiva de aquellos, mermada progresivamente por señaladas limitaciones.

Su consideración puede sugerir el planteamiento de algunas reflexiones que desplegaré mesuradamente. La vinculación de los consumidores a la acción colectiva no es el resultado de un penoso enfrentamiento entre la individualidad y la comunidad y viceversa, sino la manifestación vigorosa de la compatibilidad creadora de dos principios que ordenan convenientemente los órdenes procesales.

Es la palabra compatibilidad –calidad de compatible– la que me ofrece la oportunidad de introducir la consideración que quiero exponer en este acto sobre el significado de la compatibilidad creadora de estos dos principios en el ámbito del proceso: el dispositivo y el de oficialidad, escrutando, con determinación, la propia función del proceso civil.

La palabra compatibilidad pertenece al campo semántico de la conformidad, coincidencia, concomitancia, coexistencia, concurso, composición, armonía. Lo compatible es definido con finura descriptiva por el *Diccionario de Autoridades* como “cosa que fácilmente se puede concordar, componer y conformar con otra, y que no tiene repugnancia con ella”. Ideas bien alejadas de intolerancia, refracción e incluso choque.

Sin embargo, he aquí las premisas de la discusión: la situación que nos presenta el avance del sistema de tutela de los consumidores podría sembrar en algunos ánimos cierta inquietud al comprobar cómo ahora se diseña un sistema de ordenación de los nuevos procesos, que, examinado de manera compendiada, ofrece un panorama jurídico con severas imposiciones limitadoras de la capacidad dispositiva de los litigantes, apreciables en distintos registros. Algo que puede hacer dudar de la compatibilidad de esas dos fuerzas directrices que ordenan, de una forma u otra, los procesos separando sus clases. E incluso podría llevar a proponer con toda naturalidad una pregunta fundamental: ¿Caminamos hacia un cambio de modelo de proceso civil?

La exposición que ofrece el recipiendario sobre la particular historia del desarrollo normativo del ejercicio de las acciones colectivas en el proceso civil, da cumplida cuenta del progreso ascendente de las facultades direccionales del juez, materiales y procesales, promovido tanto por las diversas reformas internas de la Ley de enjuiciamiento civil como por las especialidades procesales sectoriales impuestas en los procesos seguidos para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, o la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

Un vistazo vuelto hacia el pasado, que hoy sigue siendo presente; y otra proyectada hacia el futuro, auspiciado por el Anteproyecto, ofrecen una muestra diáfana de los límites del principio dispositivo al verse “matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal”, y como elementos de construcción de los nuevos procesos especiales en los que se ejerciten las acciones de representación con designios de obtener una tutela judicial eficaz y efectiva con medidas de cesación o con medidas resarcitorias.

Ahora, en el anteproyecto, se diseña un sistema de ordenación de los nuevos procesos, que manifiesta esas limitaciones en distintos índices: la competencia objetiva y territorial determinada legalmente, siendo la última indisponible (art. 834), la legitimación activa atribuida legalmente (art. 835), el acceso a las fuentes de prueba (art. 838), la prohibición de la renuncia a la acción de representación y el control sobre el desistimiento del proceso (art. 839), el rechazo de las acciones manifiestamente infundadas (art. 847), la determinación del ámbito objetivo y subjetivo del objeto del proceso por el auto judicial de certificación (arts. 848 y 863), la aprobación de la relación de consumidores individuales que hayan expresado su voluntad de vinculación o, en su caso, de desvinculación de la acción de representación resarcitoria (art. 857), la irrecurribilidad de la sentencia que declara la responsabilidad del demandado en relación con la conducta infractora (art. 863), la homologación de acuerdos de resarcimiento anteriores o posteriores a la certificación de la acción (arts. 864, 867).

¿Cabe ordenar un proceso civil de esta manera sin poner en riesgo su naturaleza? Como razona el doctor López Sánchez, el principio dispositivo, concorde con los derechos materiales dispositivos tutelados, explica el mejor logro de los fines del proceso civil: los litigantes aportan los hechos y su fundamento jurídico; *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*. Estamos de acuerdo con su discernimiento. Los corolarios del principio dispositivo: iniciación, aportación e impulso de parte, prueba legal, verdad formal y objeto disponible, conforman el así considerado modelo ideal del proceso civil, frente a las ilaciones del principio de oficialidad: incoación de oficio, investigación oficial, impulso oficial, prueba libre, verdad material y objeto indisponible. En virtud de todos estos fundamentos del proceso civil, el juez queda vinculado por los actos de decisión de las partes en el pleito. Hasta que se promulgó el Real Decreto Ley de 2 de abril de 1924, sobre términos judiciales: “no será necesario que los litigantes insten el curso del procedimiento una vez iniciado este”, la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 contemplaba la existencia de los escritos de apremio de las partes para avanzar en los trámites o para no perder la posibilidad del recurso; los cuales constituían a los litigantes no solo como *Dominus rei in indicio deductae*, sino también, en

cierto modo, como *Dominus iudicii*. La duración del proceso estaba, en cierta manera, en sus manos.

Ahora bien, examinemos la realidad. Cuando detenemos la atención en lo que hemos llamado modelo original del proceso civil en los términos que acabamos de recapitular, conviene responder previamente a estas preguntas suspendidas en el aire de este vasto panorama dialéctico: ¿existe en la experiencia jurídica y en los ordenamientos legales un proceso civil regido plenamente por el principio dispositivo, o es simplemente una *fatamorgana* académicamente elucubrada, o una categoría conceptual construida y explicada por razones escolares para hacer comprensible una materia desde el dominio de la teoría? ¿Estamos quizá afirmando hipótesis construidas sobre ideas preconcebidas a las que, luego, se adaptan todos los argumentos aportados? Y, de forma determinante, ¿es el principio dispositivo un concepto fundante destinado a subsistir como necesario y exclusivo impulso de tendencia para la perfección del modelo en el ámbito del proceso civil?

Las arquitecturas conceptuales están para conocer mejor la realidad que pretenden explicar y no para desviarnos de ella. Se ha dicho que el concepto de autonomía privada tiene un trasfondo cultural e ideológico (PARRA LUCÁN). La autonomía privada es un modo de concebir la convivencia civil; corresponde a la propia naturaleza de la persona. Por eso, la Constitución, al determinar, según KELSEN, el contenido de ciertas leyes prescribe o proscribire lo que conviene para crear y desarrollar reflejamente los instrumentos necesarios para el reconocimiento, guarda e indemnidad de esa autonomía. El principio dispositivo es, en el proceso civil, el fundamento inspirador que da virtualidad al concepto de la autonomía privada.

Descendamos al campo donde se desenvuelve la vida del derecho. La historia del derecho procesal civil es paralela a la historia del derecho civil. El principio dispositivo tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como dice el recipiendario al inicio de su discurso. Por eso la vigencia de tal principio, dando cuerpo a una específica construcción procesal, es tributaria de la propia esencia del derecho dispositivo material que con ella pretende tutelarse. Allí donde la ley autoriza a los destinatarios definir lo que entre ellos deba valer como regla jurídica, eligiendo entre las diversas posibilidades previstas y concedidas por el derecho objetivo material, deberá encontrarse un proceso regido por ese principio (VON BÜLOW). Por eso puede hablarse de una eficacia refleja del derecho civil dispositivo (el campo genuino de la autonomía privada) en la construcción del proceso civil.

Observando las cosas desde esta perspectiva, hemos dicho, en alguna ocasión, que el reconocimiento de la propiedad, de la iniciativa y de la autonomía privadas en la Constitución, por la capacidad ordenadora de esta, influye sobre la ordenación del derecho privado, pero también sobre el sistema de la justicia, el proceso y el procedimiento civiles puestos a su función tutiva. Y haciendo especulativamente un recorrido inverso, en la secuencia de términos que acabo de proponer, si un procedimiento judicial no recibe en sus particulares trámites una forma adecuada al principio dispositivo del proceso y al de la autonomía privada, los quebranta; y, lo que es más grave, deja sin protección adecuada el interés tutelado por el derecho privado material; aquí se halla, a menudo, la razón de los aciertos y desaciertos en las sucesivas y frecuentes reformas de otras reformas procedimentales. Así de importantes son los trámites. La forma del procedimiento es la exteriorización de los principios del proceso; al cabo, eco y consecuencia del género de amparo de la certidumbre jurídica preconizado por la ley. La forma no es un yugo sino guardián de la libertad (IHERING).

Sin embargo, no existe una autonomía de la voluntad absoluta reconocida en el derecho privado. Encontramos en el propio Código civil la cláusula de contrapeso: “que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”, para definir el contorno de los pactos, cláusulas y condiciones contractuales, limitando la autonomía de la voluntad. Un elenco de restricciones procedentes de una interpretación global e integrada de todo el ordenamiento jurídico cuya cúspide se halla en la Constitución.

Así aparecen las limitaciones de las diversas normas que inscriben sus mandatos dentro de lo que tradicionalmente se ha denominado orden público, interés público, o *ius cogens* para señalar que esa es materia sustraída a la regulación derivada de la voluntad de los particulares. Es el universo de lo indisponible, mostrando el sentido del orden público como expresión de imperatividad que no se puede derogar en lo que comporta de restricción de libertades. Porque este principio, como se ha dicho, no se dirige a limitar la autonomía privada por razones dogmáticas vinculadas a una figura concreta, sino a proteger valores que se consideran determinantes de la organización económica, del interés general o, incluso, de un interés particular que se considera digno de protección (PARRA LUCÁN).

Una lectura somera de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea descubre –como hemos dicho en otro lugar– la inserción de una multitud de elementos constitutivos del valor superior del orden público o del interés público como límite a la autonomía privada que se halla internamente

requerido en cada una de las relaciones, incluso privadas, al haber cosas que son irrenunciables por pertenecer a la propia naturaleza o esencia de los diversos segmentos que integran la convivencia civil. Entre ellos se cuentan el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de los contratos, la debilidad o inferioridad en la capacidad de negociación de una de las partes contractuales, la dificultosa comparecencia judicial de una de las partes; la efectividad; y la equivalencia (Recomendación 2001/193/CE de la Comisión de 1 de marzo de 2001). No es ajeno a este movimiento un especial afinamiento de la sensibilidad social, recibida por el legislador y por los operadores jurídicos, para apreciar situaciones de vulnerabilidad que precisan una protección más intensa para restituir el equilibrio de los intereses en actuación.

Estas limitaciones trascienden el mundo de lo público y entran en la esfera de lo privado, porque vertebran también las manifestaciones de la regulación jurídica de la convivencia civil. De esta manera, se integra el concepto de orden público económico de protección que asegura el equilibrio entre la libertad de emprender negocios y la seguridad jurídica. Aquellas limitaciones provienen del que se ha denominado orden público de fundamentación de valores que al mismo tiempo despliega un orden público de dirección que impone la privación, *a radice*, de la libre y concluyente decisión voluntaria proveniente de la autonomía privada y permitida, quizá sin obstáculos, imaginariamente en otros tiempos.

Sin embargo, hemos hecho referencia antes a las situaciones en que el legislador considera precisados de protección ciertos derechos sustantivos por alguna de las razones que hemos señalado sucintamente; en definitiva, dicho resumidamente, porque los derechos privados de los individuos deben considerarse unidos a un contexto social. La autonomía privada se ve limitada. Aquella explicada naturaleza original de la gestión del patrimonio o de las relaciones contractuales muta, al verse amenazadas por un desvalimiento o desequilibrio en los intereses de los individuos. La iniciativa de especial tutela sustantiva de este contexto, modificándose, crece y con ella emerge la iniciativa de desenvolver un instrumento de tutela judicial, modificando el hipotético modelo originario de proceso judicial civil, para que sea adecuado y dé respuesta a la situación nueva; creando un nuevo modelo.

En este punto, la oportunidad se conjuga con la necesidad; el principio dispositivo con el principio de oficialidad. No se origina una colisión entre el derecho privado y el derecho público. El principio dispositivo y el principio de oficialidad, en este trance, no se ordenan como contrarios, ni excluyentes, sino como complementarios; con la eficacia del balance ajustado de los instrumentos de la

orquesta sinfónica según la partitura que se quiera interpretar. Así ocurre cuando, mediante la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, se ha querido “garantizar el equilibrio necesario entre mejorar el acceso de los consumidores a la justicia y proporcionar a los empresarios salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal, lo que obstaculizaría injustificadamente la capacidad de las empresas para ejercer su actividad en el mercado interior (...); [y] dotar de medios eficaces a los consumidores para que puedan poner fin a las prácticas ilícitas y ser resarcidos, evitando el debilitamiento de la confianza en el mercado interior, al mismo tiempo que se proporcionan a los empresarios salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de las acciones representación de cesación o resarcitorias”.

De dos maneras puede examinarse la razón de compatibilidad de un nuevo tipo de la tutela colectiva de los consumidores y la limitación de la disponibilidad de su derecho a la tutela judicial efectiva: como resultado de un mandato (*ius possitum*) y como explicación de una situación (*nova recepta*). La primera de ellas conduce a descubrir una situación que hay que interpretar tomando por base la naturaleza del proceso civil; la segunda muestra el conocimiento de la versatilidad del proceso civil abierto a ser el cauce de las pretensiones derivadas de las nuevas situaciones jurídicas recibidas y disciplinadas por el derecho objetivo material privado.

El discurso del nuevo académico no se construye observando con añoranza ese modelo ideal del proceso civil que sería transformado trabajosa, sucesivamente y de forma irrestricta por la introducción de poderes del juez sobre la decisión de las partes en el proceso, correlativa a la limitación de las facultades de disposición de éstas. Tampoco propicia una perspectiva desde la que pueda verse un panorama en el que se impone un principio sobre otro provocando el menoscabo sucesivo del hipotético modelo clásico del proceso civil.

A veces, se han contemplado los procesos civil y penal como dos instrumentos que comparten recíprocamente principios y formas constitutivos, separadamente, de uno o de otro como consecuencia de un continuo y gradual acercamiento entre sí, sin vuelta atrás. Como si el objeto de uno fuera cada vez menos disponible y el del otro cada vez más negociable. Pero, desde esta encrucijada, no se camina hacia una transformación de los derechos privados en derechos públicos –administrativos– con la aspiración teórica de fundir los procesos de los distintos órdenes jurisdiccionales en una sola forma en la que dominara predominantemente una instrucción de oficio. La apariencia no se puede convertir en realidad, la intuición en concepto, y la especulación en sistema.

Las cosas se desenvuelven de diferente manera. El *ordo iuris* tiende a permanecer, paradójicamente, cambiando. Las instituciones jurídicas civiles fundamentales (*dominium, obligatio, familia, hereditas*), con su correspondiente régimen procesal, se crean y desenvuelven, de acuerdo con este principio rector del derecho privado, creciendo desde dentro de sí mismo.

La compatibilidad no se refiere, a nuestro modo de ver las cosas, solo a los principios sobre los que se puede construir el proceso civil, sino sobre la correspondencia que éste debe guardar con la especie y calidad del derecho cuya tutela se quiera dispensar.

El proceso civil no se presenta como una muestra armónica, acabada y refleja de la autonomía privada, colgada en la pared del museo de las purificadas aspiraciones de una proclamada plena tutela judicial efectiva de los derechos privados. Perfección inconcusa, pero estéril en su más lucida versión de ineficacia.

En el derecho privado existen normas imperativas que, por diversas razones, limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad: no existe una autonomía privada universal. Esto motiva un reflejo en la composición del proceso civil y de su procedimiento; no existe un proceso civil regido solo por el principio dispositivo. Los principios, como tales, no son pertenencia intransferible de ninguno de los procesos jurisdiccionales. Les corresponden por razón de la utilidad que atiende al fin concreto del proceso en cada caso: la tutela específica. Disponibilidad de las partes y poderes del juez se unen siempre, con mayor o menor intensidad, en la construcción del proceso civil para hacerlo eficaz como instrumento de tutela judicial.

No disponemos de un modelo de proceso civil en el que la armonía resulta del diseño minucioso de un dibujante que calca, con trazos procesales, los postulados de una teórica autonomía privada universal, sino que se beneficia de la armónica compatibilidad de los elementos que intervienen en su construcción como medida de su acción y movimiento. El proceso civil, en una continua servidumbre en favor de la función jurisdiccional para la tutela del derecho privado, se renueva sucesivamente componiéndose tradicionalmente con elementos originarios del modelo teóricamente presidido por el principio dispositivo y por los del modelo teóricamente regido por el principio de oficialidad.

De esta composición no surge un modelo de proceso civil que sea un resultado intermedio, de compromiso entre dos principios contrarios, sino, en mutación sucesiva, un retorno al modelo genuino, pero transformado para estar mejor predispuesto para su fin: *eadem mutata resurgo*.

Valga lo dicho (*contestatio*) como símbolo del diálogo que ya desde hoy se establece entre el nuevo académico y los demás académicos de esta corporación, que lo acogen con el anhelo de una larga, continuada presencia y fructífera contribución a la tarea académica.

**LA LIBERTAD DE PACTO COMO INSTRUMENTO
PARA LA INCORPORACIÓN DE INSTITUCIONES DEL
DERECHO FORAL ARAGONÉS A LOS ESTATUTOS
DE SOCIEDADES MERCANTILES, EN ESPECIAL, EN
LAS EMPRESAS FAMILIARES**

Ilma. Sra. Doña Carmen Gay Cano
Académica Correspondiente
Leído el 16 de mayo de 2023

A Paco, María, Rocío y Curro. Por tanta VIDA JUNTOS.

Excelentísimo Sr. Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Excelentísimos Señoras y Señores Académicos, Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades, Señoras, Señores, querida familia, queridos amigos.

Es obligado comenzar agradeciendo a la Academia que me haya acogido entre sus miembros. Soy consciente de que mi incorporación responde, más que a mis méritos, al afecto de algunos Académicos lo que hace este nombramiento aún más valioso para mí. Por esa amistad, entre otros motivos, quiero manifestar mi gratitud a Don Fernando García-Vicente cuya trayectoria de dedicación al mundo del Derecho en Aragón, en muy distintos ámbitos, pero siempre de forma generosa y brillante, tanto admiro.

No puedo dejar de reconocer y agradecer a Don Adolfo Calatayud su inestimable ayuda, corrigiendo con paciencia y erudición mi discurso y preparando su enriquecedora contestación, a pesar de sus muchas ocupaciones en la promoción, estudio y mejora el Derecho aragonés, como excelente notario, Académico y miembro de otras muchas instituciones jurídicas.

Más de una vez me he preguntado qué podría aportar yo a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación desde mi dedicación, prácticamente en exclusiva, al Derecho mercantil. Sin embargo, la enorme riqueza de nuestro Derecho foral encuentra también expresión en las sociedades mercantiles y, en especial, en las de carácter familiar como versión moderna de la tradicional «casa aragonesa» a través del principio de la libertad de pacto estatutario. El Derecho, en toda su amplitud y en todas sus ramas debe dar respuesta a las necesidades de las personas, pero también debe respetar sus tradiciones y arraigos. La fuerza creativa que ofrece la autonomía de la voluntad, pilar también del Derecho aragonés a través del principio *Standum est chartae*, se revela como un instrumento muy eficaz en el ámbito societario.

Es para mí un honor, pero sobre todo es enormemente motivador, poder formar parte de una Institución que me permite seguir aprendiendo y, además, poder hacerlo sin el filtro generalmente sesgado que la defensa del asunto concreto nos impone a los abogados.

Hoy aquí vuelvo a ser muy consciente de que, tanto en mi vida personal como profesional, he tenido la enorme suerte de encontrarme verdaderos «maestros».

En efecto, disfruté de grandes profesores en aquella estupenda Promoción 1983-88 de la Facultad de Derecho de Zaragoza. Entre ellos, no puedo dejar de mencionar a mi muy querida profesora de Derecho procesal, Doña Carmen Samanes, siempre dispuesta a seguir enseñándome y con quien conservo desde entonces una preciosa amistad. Echo de menos hoy al profesor Don José Bermejo Vera, miembro insustituible de esta Academia que, aunque nunca entendió mi preferencia por el Derecho mercantil existiendo el Derecho administrativo, tuvo la generosidad y el acierto de dirigirme al despacho URÍA & MENÉNDEZ para iniciarme en el ejercicio de la abogacía. Despacho al que nunca agradeceré bastante que me diese este apasionante oficio y que me formase con tanta exigencia y rigor, inculcándome el valor fundamental del estudio como instrumento indispensable en el ejercicio profesional.

Me siento afortunada también porque mi profesión me permite aprender todos los días y seguir encontrando «maestros» entre abogados, notarios, jueces, fiscales y registradores. Y eso es muy enriquecedor.

Quiero agradecer a mis compañeros de despacho Ingrid, María, Agustín y Raúl, que siempre estén dispuestos a ayudarme para poder estar aquí. Por tantos años de trabajo y dedicación, merece especial mención Asun Alquézar, colaboradora indispensable para mí.

Recuerdo hoy con mucha emoción a mis padres, incomparables maestros de vida, que me brindaron tantas oportunidades para elegir mi propio camino.

Gracias también a nuestros amigos cuya amistad nos enriquece cada día, con el recuerdo imborrable de nuestro queridísimo Nacho Muñoz.

Pero permítanme finalizar dedicando este discurso a mis hijos María, Rocío y Curro que cada día me abren los ojos, pero sobre todo el corazón; y a mi marido, Francisco Polo, una persona simplemente única, además de excepcional jurista. Quienes me conocen bien saben cuánto tiene que ver en todo lo que he hecho, también en estar hoy aquí. Gracias Paco por ser siempre aliento incondicional.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO DEL TRABAJO.

El propósito de este trabajo es analizar las posibilidades que ofrece el principio de libertad de pacto en la redacción de los estatutos sociales reconocido en el art. 28¹ de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, indistintamente referida como la «LSC» o la «Ley») para la incorporación del elemento aragonés.

Es una realidad que el patrimonio integrado en la tradicional «casa aragonesa»² se canaliza hoy, cada vez más, a través de sociedades mercantiles como elemento revitalizador que actúa de soporte «no sólo [de] los patrimonios agrícolas y ganaderos, sino también a los comerciales e industriales (e, incluso, a los profesionales)». Es lo que la doctrina denomina la «casa mercantil»³.

¹ Un análisis del art. 28 LSC se encuentra en ALBERTO VAQUERIZO, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirección ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, primera edición, págs. 386 y ss.

² Por su relevancia remito a la obra de LUIS MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, *La Casa en el Derecho Aragonés*, Estudios de Derecho Aragonés, CSIC, Zaragoza, 1944.

JOSÉ ESPAÑOL FAUQUIÉ y JOSÉ MARÍA MUR TORRECILLA, refiriéndose a la «casa montañesa» señalan que «se entiende como un cúmulo de muchas cosas. Por un lado es la gente que se guarece debajo del mismo tejado y que puede ser numerosa; por otro lado, es el patrimonio que junta edificios, tierras, ganado, derechos y obligaciones patrimoniales. Pero también cada casa tiene un patrimonio que no es material y que se refiere a la fama de la familia. Y estamos hablando de ética.», *Benás en el temps, Vida y genealogías de Benasque, Cerler y Anciles*. Excmo. Ayuntamiento de la Villa de Benasque, 2020, pág. 549.

³ VICENTE SANTOS en «Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés», Ponente: VICENTE SANTOS MARTÍNEZ, Coponentes: PABLO CASADO BURBANO y ELOY JIMÉNEZ PÉREZ, Moderador: HONORIO ROMERO HERRERO, en *Actas de los VII Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1998, (pág. 40). Sobre la evolución empresarial de la casa aragonesa ver JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, Instituto Fernando el Católico (C.S.I.C.), Zaragoza, 1980, págs. 64 y ss.

Nuestro Derecho foral (art. 327.2 CDFA) incluso prevé que *«Si el causante, en su disposición por causa de muerte, crea u ordena crear una persona jurídica que sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión, ésta tendrá capacidad para adquirir las atribuciones patrimoniales ordenadas por el causante desde que tenga personalidad, pero los efectos se retrotraerán al momento de la delación»*.

La experiencia práctica acredita que una adecuada autorregulación de las relaciones societarias, con reglas del juego claras y adaptadas a cada concreta estructura patrimonial y familiar, constituye un instrumento eficaz en la prevención y solución de situaciones de conflicto. Conflictos societarios en los que, generalmente, está muy presente el factor emocional inherente a la familia, lo cual puede tener graves consecuencias en la empresa, con los consiguientes daños colaterales para trabajadores, otros empresarios, terceros y para el mercado en general.

Los estatutos sociales son la «ley societaria» de primer rango en las sociedades mercantiles y el vehículo idóneo para incorporar las peculiaridades propias del Derecho aragonés cuando es la ley personal de sus socios o existen otros vínculos de la sociedad con Aragón. La experiencia práctica también confirma que, cuando han sido los socios los que se han dotado de su propio régimen normativo, el nivel de aceptación y, por tanto, el grado de cumplimiento son muy superiores.

En un mundo cada vez más automatizado y estandarizado⁴ en el que prolifera la «contratación formulario», es necesario reivindicar las ventajas de una autorregulación a medida, en especial, en las empresas familiares⁵.

La LSC nos ofrece un «molde flexible»⁶ para dicha labor de «sastrería». En efecto, un análisis de esta norma revela que las disposiciones imperativas no son

⁴ Como acertadamente sostiene ANTONIO B. PERDICES HUETOS, en *Clausulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997, primera edición, pág.46, *«la estandarización no es en si perniciosa; lo malo es que esta generalización se haga de forma indiscriminada sin atender a los deseos o a las necesidades de los socios»*.

⁵ Entre otras, la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en lo sucesivo, «DGSJFP»), de 27 de febrero de 2020, (Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo «BOE») núm. 183, de 3 de julio de 2020, págs. 46977 a 46996), se muestra absolutamente favorable a dar amplio margen a la autonomía de la voluntad en la redacción de estatutos.

⁶ AURELIO MENÉNDEZ y ALBERTO VAQUERIZO ALONSO, «El problema tipológico» en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, tomo III, Disposiciones Generales de la Ley de Sociedades Anónimas, volumen 1º A), Artículos 1 a 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, primera edición, pág. 33.

excesivas⁷. Por su parte, el art. 28 LSC ofrece un amplio espacio a la autoconfiguración normativa, permitiendo incluir «todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido»⁸. La autorregulación en el ejercicio de actividades económicas a través de sociedades mercantiles encuentra también fundamento constitucional en el derecho de la libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución (en lo sucesivo, «CE»).

En el ámbito societario la imparable tendencia a la estandarización se incorporó con la implantación de los «*estatutos tipo*»⁹ promovidos por nuestro legislador -empujado, a su vez, por el legislador comunitario¹⁰- con la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa¹¹, subtipo hoy derogado por la

⁷ La reciente resolución de la DGSJFP de 28 de julio de 2021 (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2021, págs. 96808 a 96823) señala que «*al imprescindible mínimo imperativo se añade así un amplio conjunto de normas supletorias de la voluntad privada que los socios pueden derogar mediante las oportunas previsiones estatutarias*».

⁸ También el art. 121 Código de Comercio (en lo sucesivo, «CCom»), da clara primacía a la autonomía de la voluntad: «Las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos y, en cuanto en ellas no esté determinado, por las disposiciones de este Código».

⁹ Los estatutos tipo en ejecución de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se aprobaron por el Real Decreto 421/2015 de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, entre otras cuestiones, modifica el art. 15 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que regula la constitución de sociedades limitadas de forma estandarizada y con estatutos tipo. La resolución de la antes Dirección General de los Registros y del Notariado, (en lo sucesivo, «DGRN»), de 15 de noviembre de 2011 (BOE núm. 305, de 20 de diciembre de 2011, págs. 139197 a 139203) analizó posibles modificaciones en los estatutos-tipo.

¹⁰ Directiva (UE) 2017/1132, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, (DOUE de 30 de junio de 2017, L169/46 y ss.), modificada por la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (DOUE de 11 de julio de 2019, L 186/80 y ss.).

¹¹ La Exposición de Motivos de esta Ley recoge los distintos hitos comunitarios que inicia la Recomendación sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE, de 22 de abril). Es en febrero de 2002 cuando el Parlamento Europeo, mediante Resolución 2002/0079, insta al uso de «formularios estándar» y a la incorporación de nuevas tecnologías en todo el proceso constitutivo y registral de sociedades. La Ley 18/2022 ha derogado el título XII LSC.

La Ley 7/2003 introdujo también modificaciones en el Código Civil (en lo sucesivo, «CC»), en concreto en los arts. 1.056, 1.271 y 1.406.2, para dotarlo de «instrumentos que permitan diseñar,

Ley 18/2022, de 28 de septiembre de creación y crecimiento de empresas. Ello no obstante, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes o *startups* regula los estatutos tipo¹².

No negamos que para determinadas estructuras empresariales muy simples estos «estatutos formulario» pueden tener su utilidad. Pero no deja de ser cierto también que entre los operadores jurídicos se percibe una clara tendencia a aceptar la comodidad que *a priori* ofrece dicha homogeneización estatutaria (facilidad de inscripción en registros, inmediatez en la constitución o ahorro de costes de asesoramiento previo). Sin embargo, es cuando surgen los conflictos, cuando se ponen de manifiesto las inconveniencias de la ausencia de una regulación estatutaria ajustada al concreto grupo personal y patrimonial implicado.

La libertad de pacto forma parte de la esencia misma de nuestro Derecho reconocido en el art. 3 del Código del Derecho Foral de Aragón, (en lo sucesivo, «CDFA»), en la formulación del principio «*Standum est chartae*» que impone estar «a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas de Derecho aragonés». Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, es «norma constitutiva muy general que empodera o confiere poder a los particulares para regular autónomamente sus incumbencias (...), la actitud del legislador puede entenderse como expresión de su confianza en la sensatez y buen sentido con que los aragoneses regulan libremente sus asuntos, sin necesidad de prohibiciones exhaustivas»¹³.

Aragón siempre ha sido tierra de pactos, de negociación, de composición. Si algún ámbito jurídico requiere esa actitud es, precisamente, el derecho de los negocios.

en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.» Nuestro Derecho foral ya contaba con medidas a través de instituciones como la legítima colectiva, la sucesión paccionada o la fiducia o el señorío mayor en el heredamiento en casa.

¹² El art. 11 de esta Ley impone la calificación por el registrador mercantil dentro de las «seis horas hábiles siguientes al a recepción telemática de la escritura» si se utilizan estatutos tipo, que debía aprobar el gobierno en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor (Disposición final duodécima).

¹³ Sobre la cuestión, *Mito y realidad en el standum est chartae*, JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009. Ver también, *Código de Derecho Foral de Aragón*, «Artículo 3, Standum est chartae», Director: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, primera edición, reimpresión de 2018, pág. 106 y JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, «Comentario al art. 3», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Dirección: JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, volumen 1º, DGA, Zaragoza, 1988, págs. 229 y ss.

No puede negarse que hoy la gestión de patrimonios empresariales o simplemente familiares, por muy diversos motivos¹⁴, se canaliza habitualmente a través de sociedades mercantiles, siendo también decisiva la inmanencia del riesgo de negocio en la propia sociedad.

Pues bien, en muchos casos es la tradicional «casa aragonesa», como conjunto patrimonial familiar, la que integra el acervo que se aporta a la sociedad mercantil y, por ello, la incorporación a las normas estatutarias del elemento aragonés supone el complemento idóneo para la efectividad de otros pactos, por ejemplo, los de carácter sucesorio. Es también la fórmula para dotar a la sociedad de una regulación coherente y respetuosa con instituciones genuinamente aragonesas.

Adelanto ya que este estudio se circunscribe únicamente al análisis de las sociedades mercantiles de capital no cotizadas y, en concreto, de los tipos sociedad anónima y limitada (en especial las de carácter familiar), que son las que operan con carácter general en el tráfico empresarial. Se excluyen, por tanto, los tipos personalistas como la sociedad colectiva (arts. 125 y ss. del CCom)¹⁵, la comanditaria simple (arts. 145 y ss. CCom) o tipos mixtos como la sociedad comanditaria por acciones (arts. 1 LSC y concordantes). No abordaré tampoco el análisis las sociedades cotizadas que, por su propia naturaleza, son sociedades totalmente abiertas que no dejan espacio a la libertad de pacto (arts. 495 y ss. LSC). Tampoco analizo la figura del empresario individual (arts. 1 y ss. CCom), puesto que en tal caso la autorregulación carece de sentido¹⁶.

Antes de abordar el objeto central del discurso, debe recordarse que tanto la sociedad anónima como la limitada, «cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil» (art. 2 LSC). Mercantilidad que no obsta, en absoluto, a la incorporación de algunas peculiaridades forales a los estatutos sociales.

¹⁴ Aunque no es objeto de este trabajo el análisis tributario, sin duda, actúa también el incentivo fiscal en los Impuestos de Patrimonio y de Sucesiones si la sociedad reúne los requisitos para ser «empresa familiar» de conformidad con la Ley 10/2018, de 6 de septiembre, de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de Aragón. Pero también concurren otros motivos, por ejemplo, de mejor gestión, conservación y ordenación del patrimonio, así como de planificación sucesoria.

¹⁵ Por excepción recuérdese que el art. 39 LSC establece que una vez «verificada la voluntad de no inscribir y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción», será de la aplicación del régimen de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil, sin perjuicio del derecho del socio a instar la disolución (art. 40 LSC).

¹⁶ Un riguroso estudio del empresario individual aragonés puede encontrarse en la Ponencia «Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés», *Actas de los VII Encuentros de Derecho Aragonés*, citada en la nota 3.

II. APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD DE PACTO EN LA NORMATIVA SOCIETARIA Y SUS LÍMITES.

Las sociedades mercantiles y, en concreto, el negocio constitutivo, encuentran regulación fundamental en la LSC¹⁷, pero también, en cuanto contrato, en las previsiones del Título IV del CCom («*Disposiciones generales de los contratos de comercio*», arts. 50 a 63) y, por remisión de su art. 50, en el Libro cuarto del CC sobre «Obligaciones y contratos» (arts. 1088 y ss.).

Coincido plenamente con PAZ ARES en que cada vez es más necesario abordar el Derecho de Sociedades desde una perspectiva más «*contractualista*», frente a una visión preeminentemente «*institucional*», que es la que ha impuesto el «*modelo de imperatividad*»¹⁸ sobre el de libertad de pacto.

En nuestro ordenamiento mercantil ha primado siempre la autorregulación a través de «las cláusulas y condiciones» que los socios estimasen oportuno incluir en los contratos constitutivos de sociedades, como resulta claramente del art. 121 CCom. En coherencia, las primeras leyes societarias especiales también recogen que «se podrán, además, incluir en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley», (art. 11.5 Ley Sociedades Anónimas de 1951 y en idéntico sentido, art. 7.10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953)¹⁹.

El actual art. 28 LSC incorpora no sólo la mención a la escritura, sino también a los estatutos y, siguiendo la misma tradición, permite incluir «todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido». Se abre de forma definitiva la puerta a modificar las muchas normas de carácter dispositivo, como reflejan las reiteradas menciones

¹⁷ Algunos subtipos societarios mantienen regulación separada, como es el caso de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, (en lo sucesivo, «LSP»). También determinadas operaciones societarias se regulan al margen de la LSC, en concreto, en la Ley 3/2009 de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, (en lo sucesivo, «LME»).

¹⁸ «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?. (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)» en *Tratando de la Sociedad Limitada*, Coordinador: CÁNDIDO PAZ-ARES, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pág. 163 y ss.

¹⁹ Resulta curioso que la Exposición de Motivos de la Ley de 1953, para justificar la necesidad de la nueva ley, se refiera a que «La Sociedad de Responsabilidad Limitada, (...) vivía hasta hoy, en nuestra Patria, entregada al juego de la autonomía de la voluntad (...)».

en la vigente Ley a que ésta será aplicable, «salvo disposición en contrario en los estatutos» o expresiones similares²⁰.

A pesar de que las normas societarias son cada vez más extensas y prolijas²¹, podemos seguir sosteniendo que el legislador societario, más acusadamente en las sociedades de responsabilidad limitada, pero también en las anónimas, ha optado decididamente por dar libertad de autorregulación. Así resulta claramente de los arts. 22 y 23²² LSC que establecen el contenido, verdaderamente «mínimo», de la escritura de constitución y de los estatutos.

La primera cuestión que suscita la comparación del art. 1255 CC y del art. 28 LSC es la diferente regulación de los límites a la autonomía de la voluntad. Ambos preceptos mantienen en común la referencia a la no contradicción con las leyes, si bien en el art. 28 LSC desaparece la mención a la moral y se introduce la referencia a los «principios configuradores del tipo social elegido», mención que se incorpora por primera vez con la gran reforma societaria operada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Como señala ALBERTO VAQUERIZO, este precepto «*debe ser entendido como una verdadera especialidad en relación con el precepto civil*»²³.

La mención a «las leyes» como límite comprende no sólo «las disposiciones legales que integran el ordenamiento jurídico-societario, sino cualquier otra norma que pueda resultar aplicable a las relaciones derivadas de la actividad

²⁰ A título de ejemplo, esta mención que aparece en los arts. 11.2, 11bis, 24, 25, 88, 89, 107, 123, 127, 132, 161, 175, 188, 191, 212, 216, 272, 275, 285, 346, 348 bis, 376, 378, 379, 392, 406, 527 quinquies, decies, 529 septies y 529 sexdecies, LSC.

²¹ Piénsese en los 171 artículos de la LSA de 1951 y los 32 artículos de la LSRL de 1953, frente a los 541 artículos de la vigente ley, sin incluir los desdoblados en varios preceptos con el mismo número. Es lo que PAZ-ARES denomina el «prejuicio tecnocrático» que junto al «prejuicio paternalista» y el «prejuicio político» constituyen los enemigos de la interpretación de nuestro derecho societario en clave contractualista, en «*¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?*, (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)», en *Tratando de la Sociedad Limitada*, op. cit., pág. 173.

²² Según nueva redacción dada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de crecimiento y creación de empresas y también por la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, en vigor desde el 7 de abril (salvo los arts. 63, 307 y 323).

²³ ALBERTO VAQUERIZO, «Los límites de la autonomía de la voluntad (art. 28)», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., págs. 386 y ss.

social»²⁴. Por tanto, también otras normas mercantiles y civiles y, por supuesto, el Derecho foral aragonés.

Así, no podrían incluirse en estatutos sociales limitaciones en el ejercicio de derechos societarios, por ejemplo, en materia de representación para asistir a la junta que, de hecho, supusieran una vulneración de las normas sobre la capacidad de los menores casados, mayores de catorce años o menores emancipados conforme a nuestro Derecho foral. Muy al contrario, la legislación societaria reconoce la posible incorporación a los estatutos sociales de regulación propia de la ley civil personal, como luego analizo más detenidamente²⁵.

En cuanto al límite específico de «los principios configuradores del tipo social elegido», es necesario detenerse brevemente a analizar cuáles son en los tipos sociedad anónima y sociedad limitada²⁶.

El concepto «principios configuradores» es una creación doctrinal del profesor GIRÓN TENA con el objetivo de «frenar la deformación por vía libertad de pactos, pues la autonomía privada ha de cesar allí donde se detecta un fraude al sentido y función de los tipos legales»²⁷. Es decir, nació como una medida de protección o garantía de la identidad de los distintos tipos societarios. Así, «*el carácter indisponible de esos principios se justifica por la necesidad de establecer por ley los elementos tipológicos esenciales e inalterables de cada uno de los tipos sociales para permitir una adecuada identificación de cada uno de ellos en el tráfico, respondiendo así a la decisión de política legislativa de mantener el carácter tasado de las forma societarias con el fin último de impedir que afloren organizaciones atípicas que pueden perturbar esa seguridad del tráfico o generar confusión respecto del derecho aplicable*»²⁸.

²⁴ ALBERTO VAQUERIZO, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., págs. 391 y ss.

²⁵ Entre otros, el art. 188.5 Reglamento del Registro Mercantil (en los sucesivo, «RRM»): «*Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales*».

²⁶ Por su especialidad no nos detendremos en peculiaridades propias de algunos subtipos como la sociedad profesional (LSP), que tienen su propia regulación y, por tanto, sus propios principios configuradores o, cuando menos, características.

²⁷ GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades, I*, Madrid, 1976, págs. 89 y ss., citado por PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?. (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)», en *Tratando de la Sociedad Limitada*, op. cit., pág.192, nota 65.

²⁸ ALBERTO VAQUERIZO, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., págs. 394 y ss.

Un sector de la doctrina los viene a identificar con las normas imperativas de cada tipo societario, pero esta tesis plantea el problema de que la ley ya se incluye como límite específico²⁹. La realidad es que no toda norma imperativa es un elemento estructural esencial de una determinada forma societaria, ya que algunas de ellas pueden responder a la protección de otros intereses (de los acreedores, trabajadores, del tráfico jurídico, etc.).

En ocasiones se identifica con el «orden público societario» que integra todas las normas que «consagran los derechos y libertades contractuales del socio»³⁰.

Asumido que es un concepto jurídico indeterminado y mutable con la realidad socio-económica imperante, podríamos definirlos como aquellos elementos o rasgos organizativos del tipo societario que son indispensables para no desnaturalizarlo y que, con carácter general, son derecho imperativo.

El Tribunal Supremo ha considerado que «el principio de igualdad de trato de los accionistas, el principio mayoritario y el respeto a los inderogables derechos individuales de los accionistas y de las minorías son principios comprendidos dentro de los principios configuradores de las sociedades de capital»³¹. También lo es la dualidad de órganos: junta general y órgano de administración, incluso en las sociedades unipersonales en las que coinciden ambos.

Son una serie de elementos o conceptos heterogéneos de muy distinta virtualidad³². Lo que parece incuestionable es que, dado que no existe un catálogo tasado de principios configuradores, en su actuación como límite a la autonomía de la voluntad se impone una interpretación siempre restrictiva.

²⁹ GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M^a VIGUERA RUBIO y ALBERTO DIAZ MORENO, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, *Régimen jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, volumen 1º A), dirigido por: RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1999, primera edición, pág. 372.

³⁰ Es la tesis recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 29 de noviembre de 2007 citadas por ALBERTO VAQUERIZO en «Los límites de la autonomía de la voluntad (art. 28)», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., pág. 394.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010, (nº 222/2010, CENDOJ 28079110012010100337), analizada por JAVIER LEYVA OLARTE, *El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos por violación del orden público*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2010-17.

³² PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?. (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)», en *Tratando de la Sociedad Limitada*, Coordinador: CÁNDIDO PAZ-ARES, op. cit., pág. 192.

La primera reflexión es si en la práctica societaria actual existen diferencias sustanciales entre los tipos sociedad anónima y limitada³³. Más allá de algunas cuestiones (capital mínimo³⁴, diferencias entre participaciones y acciones, dividendos pasivos o cuestiones formales y de publicidad), la realidad es que una sociedad anónima puede ser tan cerrada o personalista como una limitada y viceversa. Rasgos que pueden acentuarse, precisamente, en uso de la libertad de pacto estatutario. La realidad confirma que no es sólo una cuestión de volumen de negocio o tamaño de la empresa, pues hay grandes empresas familiares que son estructuras societarias cerradas y, por ello, han optado por el tipo sociedad limitada. Puede afirmarse que «cada vez queda menos espacio económico y sociológico para una sociedad anónima que, sin estar cotizada, mantenga el tipo legal de sociedad abierta»³⁵.

De hecho, existe una clara tendencia a la «hibridación»³⁶ de tipos sociales y, salvo en los supuestos en los que la ley impone un determinado tipo societario como es el caso de las entidades financieras, o las aseguradoras, hoy ambos tipos gozan de «polivalencia funcional»³⁷.

La experiencia práctica confirma que, generalmente, es la flexibilidad y, por tanto, la reducción de formalismos y de los costes inherentes lo que explica que la mayoría de las sociedades que se constituyen hoy sean limitadas³⁸.

³³ VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA (Director), «¿Sociedad Anónima «versus» Sociedad de Responsabilidad Limitada?», en *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1991, primera edición, págs. 357 y ss.

³⁴ Sin haberse resuelto el problema de la infracapitalización de las sociedades mercantiles, la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas permite la constitución de sociedades limitadas con un euro de capital, modificándose los arts.4, 5 y 23 LSC. Como no podía ser de otro modo, se incorpora la responsabilidad personal de los socios. Se altera así –innecesariamente, a mi juicio- el principio fundamental de la inmanencia de la responsabilidad en las sociedades de capital y desaparece también la función de garantía del capital social. Esta norma elimina el régimen de formación sucesiva para las sociedades limitadas (antiguo art. 4 bis LSC) y establece un régimen transitorio hasta que se alcance un capital de 3.000 €.

³⁵ ANTONIO B. PERDICES, «Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., pág. 991.

³⁶ ALBERTO VAQUERIZO, «Artículo 28. Autonomía de la voluntad», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por : ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., pág., 396.

³⁷ ALBERTO VAQUERIZO, La función de los tipos sociales, «Artículo 1. Sociedades de capital», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., pág.183.

AURELIO MENÉNDEZ y ALBERTO VAQUERIZO ALONSO, «El problema tipológico», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, Disposiciones Generales de la Ley de Sociedades Anónimas, volumen 1º A), Artículos 1 a 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, op. cit., pág. 33.

³⁸ Según los datos de la página web del Colegio de Registradores de España, en el 2022 se consti-

Aunque tradicionalmente la sociedad limitada era una suerte de hermana menor o hija dependiente de la sociedad anónima, la discusión hoy es si deberían unificarse en un solo tipo societario³⁹, regulando de forma separada a las sociedades cotizadas, con las que, verdaderamente, hay diferencias sustanciales y estructurales⁴⁰. La vigente Ley asume la tendencia a la unificación de tipos⁴¹.

Lo cierto es que los principios configuradores del tipo son un límite cambiante según las necesidades que impone la realidad socio-económica y empresarial.

Así ha sucedido con la incorporación a nuestro derecho positivo de las sociedades unipersonales⁴². La pluripersonalidad ha dejado de ser inherente a todo contrato de sociedad, al menos, en el caso de sociedades capitalistas⁴³.

tuyeron 416 sociedades anónimas frente a 98.720 sociedades limitadas.

<https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/2022/diciembre/paginas/constituciones.htm>

³⁹ Supondría superar el peso de la tradición en cuanto a la subsistencia de los dos tipos societarios capitalistas, limitada y anónima, procediéndose a una total reformulación del Derecho de Sociedades que el legislador no ha querido afrontar por la vigente Ley, ni tampoco las propuestas de codificación del derecho mercantil. Se puede consultar el texto en <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaElaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20141901&lang=es&fcAct=2021-11-22T07:51:37.930Z>.

⁴⁰ La LSC dedica los arts. 495 y ss. LSC a las sociedades cotizadas. La Ley 6/2023, de 17 de marzo de Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, en vigor desde el 7 de abril, ha venido a derogar el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁴¹ La necesidad de los distintos tipos societarios y su adecuación a las necesidades del mercado, remito a la doctrina citada por AURELIO MENÉNDEZ y ALBERTO VAQUERIZO ALONSO, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por: RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, tomo III, Disposiciones Generales de la Ley de Sociedades Anónimas, volumen 1º A), Artículos 1 a 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, op. cit., págs. 36 y ss.

⁴² Actualmente regulada en los arts. 12 a 17 LSC, la sociedad unipersonal *ab initio* o sobrevenida, se introduce por primera vez por Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada, auspiciada por la normativa comunitaria. A efectos de su reconocimiento fue clave la resolución de la entonces DGRN de 21 de junio de 1990 (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1990, págs. 23857 a 23860) que reconoció que «las mejores razones para admitir la sociedad unipersonal no se hallan en el Derecho positivo, que ciertamente guarda silencio sobre la figura, sino en imperativos de la razón práctica. No puede desconocerse que la admisión de la sociedad unipersonal responde, en efecto, a necesidades muy dignas de ser tenidas en cuenta (...) el propio funcionamiento del sistema económico (...)».

Un análisis completo puede encontrarse en la obra de JOSÉ LUIS IGLESIAS PRADA, «La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal», en *Tratando de la Sociedad Limitada*, Coordinador CÁNDIDO PAZ-ARES, op. cit., págs. 999 y ss.

⁴³ En el supuesto de sociedades personalistas, el art. 1.665 CC se sigue refiriendo al contrato de sociedad como aquél en el que «dos o más personas (...)» y en igual sentido el art. 116 CCom.

El legislador opta por esta figura como alternativa a la regulación del empresario individual con responsabilidad patrimonial limitada al patrimonio afecto a la actividad empresarial⁴⁴, por razones de pura conveniencia ante la diferencia de trato respecto de las sociedades públicas, que siguen manteniendo un régimen especial⁴⁵. Aunque el régimen jurídico revela cierta desconfianza del legislador⁴⁶, en la práctica la sociedad unipersonal se ha consolidado, siendo un instrumento fundamental en la estructuración de grupos de sociedades reconocidos en el art. 18 LSC⁴⁷.

⁴⁴ Figura finalmente incorporada con la denominación de «Emprendedor de Responsabilidad Limitada» en los arts. 7 a 11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, modificada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, que permite limitar la afectación de los bienes de equipo productivo y de la vivienda habitual (con determinados límites) si se cumplen los requisitos de publicidad registral y contables previstos en esta norma. Esta figura no ha tenido ninguna acogida en la práctica empresarial frente a la proliferación de las sociedades unipersonales.

⁴⁵ En efecto el artículo 17 LSC establece que «A las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas unipersonales cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes, no serán de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo 13, el artículo 14 y los apartados 2 y 3 del artículo 16».

⁴⁶ A modo de garantía el legislador impone la obligación de publicidad registral y de hacer constar en toda la documentación la condición de sociedad unipersonal (art. 13 LSC). También exige la llevanza de libros específicos como el libro-registro de contratos del art 16 LSC, así como la obligación de mencionar estos contratos en la memoria que se elabora con las cuentas anuales, de forma expresa e individualizada y con indicación de su naturaleza y condiciones (art. 16.1 LSC). El incumplimiento se sanciona severamente porque da lugar a que, en caso de concurso, no sean oponibles a la masa los contratos no transcritos o mencionados en la memoria.

Ver sobre esta cuestión, DUQUE RODRÍGUEZ, «La Duodécima Directiva del Consejo (89/667/CEE de 21 de diciembre de 1989) sobre la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 79 y ss. y 89 y ss.

⁴⁷ Nuestro ordenamiento no dispone de una regulación sustantiva completa de los grupos, salvo por remisión a una norma contable como es el art. 42 CCom, cuyo concepto se ha generalizado en el ámbito societario, concursal, etc. Sería deseable la incorporación de una regulación como la contenida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20141901&lang=es&fcAct=2021-11-22T07:51:37.930Z>.

III. ANÁLISIS DE ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN DETERMINADAS ESPECIALIDADES DEL DERECHO ARAGONÉS EN EL ÁMBITO SOCIETARIO. EL RÉGIMEN DEL MENOR ARAGONÉS.

Nuestro Derecho foral dispone de instituciones que responden a tradiciones y principios identitarios propios que, en muchas ocasiones, no encuentran figuras, ni siquiera afines, en derecho común. Como ley de «carácter estrictamente personal», es la que debe considerarse en el caso de que participen en sociedades mercantiles personas *«que gocen de la vecindad civil aragonesa, con independencia del lugar de residencia. No es un precepto de carácter territorial (...)»*⁴⁸.

Aunque lo abordaré más detenidamente en el apartado referente a la introducción en los estatutos sociales del elemento aragonés al amparo de la autonomía de la voluntad, no podemos dejar de mencionar la especial regulación de los menores en Aragón, ya que tiene relevancia también en el ámbito societario, tanto en su actuación como socios como en su posible nombramiento como administradores en el caso de menores emancipados.

Nuestro Derecho foral es generoso en la regulación del estatuto jurídico del menor (arts. 5 y ss. CDFa), con la finalidad primordial de favorecer el «dotarle de autonomía en la organización de su propia vida» (art. 5.4 CDFa). Incluso, positiviza el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a su capacidad de obrar (art. 7.2 CDFa)⁴⁹.

Como ya he señalado, no es objeto de este estudio el análisis del ejercicio de la actividad mercantil por el menor como empresario individual⁵⁰ (arts. 4 y 5 CCom⁵¹). Debe recordarse que en el caso de sociedades mercantiles quien tiene la condición legal de empresario es la propia sociedad (arts. 1.2º CCom y 2 LSC).

Analicemos las peculiaridades desde el prisma del Derecho de Sociedades.

⁴⁸ JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 5 de la Compilación de Aragón». *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirección: MANUEL ALBADALEJO, tomo XXXIII, volumen 1, artículos 1 a 47 de la Compilación Aragón, Edersa, Madrid, 1986, págs. 69 y ss.

⁴⁹ Un análisis completo de la cuestión puede encontrarse en M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN, «Capacidad y estados de las personas», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadora: M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, segunda edición, págs. 115 y ss.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, ver «Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés», Ponente: VICENTE SANTOS MARTÍNEZ, Coponentes: PABLO CASADO BURBANO y ELOY JIMÉNEZ PÉREZ, Moderador: HONORIO ROMERO, en *Actas de los VII Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., págs. 11 y ss.

⁵¹ Los arts. 4 y 5 han sido modificados con efectos desde el 3 de septiembre de 2021, por el art. 8 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ello no obstante, no afecta a la regulación foral propia, sobre la que no tiene competencia el Legislador estatal.

III.1. El menor casado.

El menor de edad casado en Aragón es, a todos los efectos, «mayor de edad» como proclama el art. 4.1 b) CDFA. Por tanto, sin ninguna limitación en su actuación en el ámbito jurídico-societario. Así lo establece la Disposición adicional segunda CE: «*La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado*».

Consecuentemente, puede ejercitar todos los derechos societarios por sí mismo y también ser designado administrador, sin limitación alguna (art. 213 LSC). En este caso, sin desconocer las dificultades que entraña en ocasiones determinar la vecindad civil que puede ser cambiante, a mi juicio se debería hacer constar en la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil su condición de aragonés casado y, por tanto, de mayor de edad y, en su caso, también sus capítulos matrimoniales (arts. 38.1 2º y 3º del RRM, en relación con los arts. 138 y ss. RRM).

En Aragón puede contraerse matrimonio a partir de los catorce años, frente a lo que sucede en derecho común que fija la edad mínima en dieciséis años⁵². La mayoría de edad adquirida por matrimonio se consolida, siendo irreversible, incluso en caso de que posteriormente el matrimonio fuera declarado nulo (art. 4.3 CDFA).

III.2. El menor de edad mayor de catorce años no emancipado.

El menor mayor de catorce años no emancipado tiene en Aragón un régimen absolutamente peculiar, sin regulación similar en la legislación común. Se considera un menor «*en preparación*»⁵³ o «con capacidad anticipada o ampliada»⁵⁴.

⁵² Así es tras las modificaciones introducidas en el CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria. Sobre las distorsiones que ello ha provocado, MARÍA CARMEN BAYOD LÓPEZ, *Código del Derecho Foral de Aragón*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 111 y ss. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha dado nueva regulación a la emancipación en los arts. 239 y ss. CC.

⁵³ Remito al amplio análisis que al comentar el art. 5 de Compilación realiza J.L. MERINO HERNANDEZ en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., págs. 71 y ss.

⁵⁴ M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN (Coordinadora), «Capacidad y estado de las personas», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Director JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, op. cit., págs.132 y ss. Por su

En efecto, el art. 23 CDFA establece que «(...) puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor». No necesita asistencia «en los actos que la ley le permita realizar por sí solo»⁵⁵.

Es sabido que la asistencia no es representación, ya que es el propio menor quien actúa en nombre propio, si bien asistido por quienes ostentan la «autoridad familiar»⁵⁶ o bien por su tutor. Ante la imposibilidad de éstos, el menor puede solicitarla a la junta de parientes o al juez (art. 23.1 y 2 CDFA). Así lo han reconocido reiteradamente los tribunales al señalar que «a la edad de 14 años los menores en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes, con la debida asistencia»⁵⁷. No es tampoco un complemento de capacidad.

Por tanto, aunque con asistencia cuando proceda, el menor mayor de catorce años aragonés puede constituir sociedades, asistir y ejercitar el derecho de voto en juntas (arts. 93.c) y 179 LSC), solicitar información (arts. 93.d), 196, 197, 272 LSC), instar la realización de auditoría voluntaria si reúne, por sí o agrupadamente con otros socios, el 5% del capital social (art. 265 LSC) o ejercitar cualquier otro derecho reconocido en la LSC y en los estatutos sociales. Generalmente, serán actos de mera administración de su patrimonio contemplados en el art. 26.1 CDFA. Obviamente, los estatutos no pueden limitar o excluir estas facultades que el Derecho foral reconoce al menor aragonés⁵⁸.

parte, FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA y PEDRO DE PABLO CONTRERAS, hablan de «*mayores en aprendizaje vigilado*», en su comentario al art. 5, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Dirección: JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, op. cit., págs. 331 y ss.

⁵⁵ Ver comentarios al artículo de MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, en *Código del Derecho Foral de Aragón*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 134 y ss.

⁵⁶ Ostentan la autoridad familiar, además del padre o madre (arts. 63 y ss. CDFA), el padrastro o madrastra que convivan, los abuelos y hermanos mayores (arts. 85 y ss. CDFA). Sobre esta cuestión, MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ (Coordinadora), Comentarios arts. 23 y ss. y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA (Coordinador), Comentario arts. 85 y ss., en *Código del Derecho Foral de Aragón*, Dirección: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., págs. 134 y ss. y 216 y ss.

⁵⁷ Entre otras, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, núm. 6/2011, de 15 de junio de 2011 (CENDOJ 50297310012011100007). Ver también MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, «Comentarios al art. 23», en *Código del Derecho Foral de Aragón*, Dirección: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores: María Del Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García op. cit., pág. 136.

⁵⁸ Como analizo más adelante, lo recomendable es incluir en los estatutos regulación al respecto respetuosa con nuestro Derecho foral. Bajo la vigencia de la anterior legislación foral y también

En mi opinión, la necesidad de asistencia en la junta está íntimamente relacionada con el contenido de los acuerdos que se sometan a votación. No es lo mismo una ampliación de capital que pueda suponer que el menor se comprometa a hacer una aportación en especie de un inmueble o de una empresa⁵⁹ a un simple acuerdo de aprobación de cuentas o una modificación estatutaria menor. El conocimiento *a priori* se obtendrá a través del orden del día de la convocatoria en la junta⁶⁰, que debe redactarse con claridad y precisión, poniéndose a disposición de los socios los documentos e informes que requiere la LSC⁶¹.

Además, sin necesidad de asistencia, puede realizar cualesquiera actos si son bienes adquiridos con «su trabajo o industria» (art. 26.2. a) CDFa). Imagínese que el menor⁶² recibe en pago por su trabajo acciones o participaciones de la empresa, como sucede en los programas de retribución con participación en la sociedad⁶³.

Tampoco necesita asistencia para administrar los bienes «*que se le hubieran confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos*», ni los adquiridos «a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado» (art. 26.2 b) y c) CDFa).

La asistencia es «*una declaración unilateral de voluntad aprobatoria de quien ni otorga el acto, ni es parte del contrato*»⁶⁴, así resulta de los arts. 5.3, 23,

societaria, ya se apuntó por JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, en sus comentarios al art. 5 de la Compilación en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIII, volumen 1º, op. cit., pág. 75. «Por fin, cabe perfectamente que en los Estatutos de la sociedad se prevea expresamente esta eventualidad, autorizando la presencia de los padres del menor en las Juntas Generales (...) a los solos efectos de prestar la preceptiva asistencia legal».

⁵⁹ Ver arts. 63 y ss., 300 LSC.

⁶⁰ La convocatoria se regula en los arts. 166 a 177 LSC.

⁶¹ Ver, entre otros, arts. 272, 287, 300, 301 y 308 LSC.

⁶² Aunque deberá tener dieciséis años, edad mínima de contratación laboral según establece el art. 6.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (en lo sucesivo, «ET»), salvo los «trabajos familiares» excluidos por el art. 1.3.e) ET.

⁶³ Son sistemas de retribución en los que se premia y fideliza a empleados mediante entrega de acciones de la propia empresa o *stock options*. El art. 150.2 LSC excluye de la prohibición de asistencia financiera a «los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones *de cualquier sociedad perteneciente al mismo grupo*». El art. 10 de la Ley 28/2022, en el caso de *startups*, establece un régimen especial de autocartera permitiendo que se adquiera hasta un 20% de participaciones propias cuando la finalidad es «*su entrega a los administradores, empleados u otros colaboradores de la empresa, con la exclusiva finalidad de ejecutar un plan de retribución*».

⁶⁴ Naturaleza que queda definida con la regulación incorporada por la Ley aragonesa 13/2006, de 27

26 y 27 CDFa y por ello se regula detalladamente la posible situación de oposición de intereses en el art. 28 CDFa⁶⁵.

Puede ser previa o simultánea al acto que la requiere y prestarse de forma tácita o expresa (art. 27.2 CDFa), debiendo ser especial para cada acto, si bien puede concederse también para «una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad, cuyas circunstancias fundamentales habrán de especificarse» (art. 27.3 CDFa). Por tanto, no habría inconveniente en que se otorgue respecto de todos los actos referentes a determinada sociedad mercantil atendiendo a las circunstancias concretas y, muy especialmente, a la madurez del menor por los posibles riesgos que puede entrañar.

La asistencia requiere «conocer el acto que el menor se propone realizar» y considerarlo beneficioso para los intereses del menor (art. 27.1 CDFa), luego quienes la presten deberán disponer de pleno acceso a la información en los mismos términos que el menor en su condición de socio (arts. 196 y 197 LSC). Cuestión que, como luego analizo, es también recomendable incluir en los estatutos sociales.

A efectos societarios, la asistencia o la concesión de la misma para todos los actos referidos a una sociedad, aunque no sea una declaración de voluntad recepticia, en mi opinión, debe ponerse en conocimiento de la sociedad a través de sus administradores, para que el menor no se vea indebidamente privado de

de diciembre, de derechos de la persona. Ver MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, El Justicia de Aragón, 2020, págs. 143 y ss. y M^a ÁNGELES PARRA LUJAN, (Coordinadora) «Capacidad y estados de las personas», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., pág., 145.

⁶⁵ Art. 28 CDFa «1. Cuando entre el menor y quienes hayan de prestarle la asistencia exista oposición de intereses en algún asunto:

a) Si es por parte de uno solo de los padres o tutores, la asistencia será prestada por el otro, a no ser que en la delación de la tutela se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso.

b) Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, así como si es por parte de ambos padres o tutores, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial.

c) Si es por parte del administrador voluntario, la asistencia será prestada por uno cualquiera de los padres o el tutor.

2. Cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser asistidos por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial».

sus derechos societarios⁶⁶. Aunque puede entenderse que supone hacer recaer en los administradores una obligación de control de una cuestión tan compleja como la vecindad civil, considero que podría ser objeto de anotación en el libro-registro de acciones nominativas o en el libro-registro de socios, por ser un hecho relevante que afecta a determinado socio y al ejercicio de sus derechos societarios. Si bien los arts. 104 y 116 LSC sólo hacen mención a que se anoten, además de la titularidad, *«derechos reales y otros gravámenes»*, nada lo prohíbe y más con los actuales libros en formato electrónico que facilitan incluir cualquier otra mención.

Sin embargo, el menor mayor de catorce no podrá ser designado administrador de conformidad con lo dispuesto en el art. 213.1 LSC que excluye a «los menores de edad no emancipados».

III.3. El menor emancipado.

El menor emancipado también tiene estatuto jurídico propio reconocido en los arts. 30 y ss. CDFa. Emancipación que en Aragón puede producirse a partir de los catorce años (art. 30 CDFa), frente a los dieciséis que establece el derecho común (art. 241 CC). Debe ser consentida por el menor afectado.

Como establece el art. 33 CDFa, *«la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor»* y sólo requiere asistencia para *«realizar los actos enumerados en el artículo 15, repudiar atribuciones gratuitas»* y, como especialidad societaria, para *«aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase»*.

Tradicionalmente se venía exigiendo que el administrador social fuera mayor de edad. La entonces denominada DGRN se pronunció con rotundidad en contra de la posibilidad de nombramiento e inscripción del menor emancipado como administrador de una sociedad mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82 de la entonces vigente LSA en su resolución de 24 de febrero de 1986⁶⁷, si bien en aplicación del art. 323 CC.

El argumento principal, además de la exigencia de mayoría de edad por la ley societaria especial, es que consideró que los administradores de una sociedad

⁶⁶ Recuértese que la privación indebida del ejercicio de derechos societarios está tipificada en el art. 293 Código Penal, (en lo sucesivo, «CP»).

⁶⁷ Aranzadi RJ/1986/1017.

mercantil tienen «en su conjunto el carácter de factores (cfr. Artículos 283 y 286 del Código de Comercio) y deberán por tanto tener (...) la capacidad necesaria para obligarse con arreglo al Código de Comercio (cfr. Artículo 282 del Código de Comercio), (...) puesto que, por imperativo de la propia naturaleza de la sociedad, han de ejercerlo por ésta; (...)». Aunque no le falta razón y más desde una perspectiva práctica atendiendo al grado de madurez hoy de los menores, contra este primer argumento cabría oponer que los administradores no son factores, sino representantes orgánicos de la sociedad.

En segundo lugar, la DGRN invocaba el art. 4 CCom⁶⁸, que establece que «tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan libre disposición de sus bienes». La cuestión es si debe considerarse al administrador como empresario, además de a la propia sociedad. Lo cierto es que el art. 212 LSC no establece ninguna previsión entre los requisitos subjetivos exigidos.

Sorprendentemente, con ocasión de la promulgación de la Ley Concursal⁶⁹, se modifican los arts. 124.1 LSA y 58.3 LSRL entonces vigentes (actual art. 213 LSC), con el fin primordial de adaptar los supuestos de prohibición para el ejercicio del cargo a la nueva normativa concursal. Sin embargo, también se introdujo la prohibición para ser administrador a «los menores de edad no emancipados», donde antes sólo decía «menores». Con ello se abrió la puerta, innecesariamente a mi juicio, al nombramiento de los menores emancipados como administradores sociales con cuantos deberes (arts. 225 a 231 LSC) y también responsabilidades (arts. 236 a 241 bis LSC), son inherentes al cargo.

Como señala la doctrina⁷⁰, *«sin duda alguna, la Ley les reconoce capacidad para ser administradores, contra cierta tendencia jurisprudencial que consideraba también a los emancipados incluidos en la prohibición (RDGRN 24.2.1986)*

⁶⁸ Como argumento adicional, considera que «la exigencia de mayor edad, entendida estrictamente, responde a la necesidad de que al frente de la administración de la Sociedad, (...) estén personas que tengan plena capacidad para asumir la consiguiente responsabilidad frente a la Sociedad, frente a los accionistas (los que votaron su nombramiento y los que no lo votaron o adquirieron después las acciones), frente a los acreedores y frente al Fisco, y una de las mayores garantías en un ejercicio correcto del comercio y del cargo viene constituida por la posible responsabilidad penal en la que puede incurrir (...)».

⁶⁹ Disposiciones finales vigésima y vigesimoprimera de la Ley 22/2003, de 9 de julio. La norma concursal ha sido sustancialmente modificada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (en lo sucesivo, «TRLC»).

⁷⁰ ESPERANZA GALLEGO, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., pág. 1513.

y contra la previsión formulada en el artículo 4 del Código de Comercio en relación con la capacidad para ser empresarios. Por consiguiente los menores emancipados pueden ser administradores de cualquier sociedad, con independencia de su dimensión. Pero no están capacitados para ejercer la misma actividad empresarial por cuenta y en nombre propio».

En el actual contexto socio-económico el proceso de emancipación real de los jóvenes, en un ambiente cada vez más permisivo, pero también más tuitivo y protector, parece poco probable que un menor de dieciocho años sea nombrado administrador social pero, al menos en hipótesis, hay que analizarlo. Podemos imaginar supuestos, por ejemplo, ante el fallecimiento repentino de ambos progenitores, cuyo patrimonio está concentrado en una sociedad que requiere administración, en los que puede ser conveniente que, siempre que su madurez lo permita, el menor sea emancipado por cualquiera de las vías previstas en la ley (arts. 30 y 32 CDFR), para que, al menos, formalmente, asuma la administración del patrimonio familiar y evitar así la injerencia de terceros. Sin embargo, como analizo más adelante, la figura del administrador suplente puede ser más útil, además de las previsiones que puedan introducirse en documentos sucesorios.

Se plantea si al amparo del art. 212 LSC en relación con el principio de libertad de pacto reconocido en el art. 28 LSC, se podría exigir en estatutos que los administradores deban ser, necesariamente, mayores de dieciocho años, excluyéndose a los menores emancipados, igual que se permite exigir la condición de socio. Mi opinión es que no es posible, porque ello comportaría una limitación de su estatuto personal reconocido en nuestro Derecho foral, por lo que vulneraría el límite legal del art. 28 LSC.

Desde un punto de vista registral, en el nombramiento se exige la plena identificación personal del administrador designado, conforme a lo dispuesto en los arts. 38 y 192 RRM, y, por tanto, deberá inscribir también su condición de menor emancipado aragonés. De hecho, el art. 38.1 3ª RRM hace mención expresa a la «condición de emancipado».

La aceptación del cargo de administrador, sea en el momento de la junta o en un momento posterior mediante comparecencia al otorgamiento de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, requerirá la intervención también de quienes deban prestar asistencia, porque así lo exige el art. 33.1.c) CDFR. Conviene recordar que el cargo de administrador opera «desde el momento de su aceptación» (art. 214.3 LSC), ya que, no obstante ser un acto sujeto a inscripción, ésta no es constitutiva (arts. 215 LSC y 94.1.4º RRM).

Por el contrario, en el caso de que fuera designado consejero delegado, la inscripción es necesaria para la efectividad del cargo (arts. 249.2 LSC, 149 y ss. y 192 RRM). Se plantea si una vez aceptado el cargo de simple consejero, la asistencia sería también necesaria de nuevo para aceptar el nombramiento como consejero delegado. En mi opinión, el paso de consejero meramente consultivo a ejecutivo es un nuevo acto jurídico-societario que implica nuevas obligaciones y requiere nueva aceptación por el nombrado con la correspondiente asistencia (art. 249 LSC).

El problema que surge es si en las actuaciones del menor emancipado como administrador o consejero delegado, es decir, cuando actúa en el tráfico como legal representante de una sociedad, debe exigirse también la asistencia de los padres o del tutor en función del tipo de acto.

La idea parece que repele a la configuración legal del administrador societario como gestor con plenos poderes dentro de su ámbito de representación (arts. 233 y 234 LSC y 124 y 185 RRM). Por ello la Ley establece que las limitaciones en sus facultades, aún hallándose inscritas, no operarán frente a terceros⁷¹.

Podría pensarse que si el legislador ha modificado la ley especial es porque quiere permitir al menor emancipado administrador gestionar la sociedad como un administrador mayor de edad, sin ninguna limitación. Esta es la tesis más coherente con la seguridad que el tráfico mercantil requiere. Sin embargo, la necesidad de asistencia para determinados actos es una cuestión de ley personal y, en principio, el nombramiento como administrador sólo puede producirse según la misma, es decir, conforme a lo dispuesto en los arts. 30 y ss. CDFA. Apoya este argumento que no parece razonable que para determinados actos de su vida personal requiera asistencia y no en la gestión de un patrimonio ajeno.

Si analizamos operaciones habituales en una sociedad mercantil en relación con los actos respecto de los que el art. 33 CDFA establece que es necesaria la asistencia, en primer lugar encontramos «los actos enumerados en el artículo 15», que son:

- Actos de disposición sobre *«inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, valores mobiliarios, bienes muebles de valor*

⁷¹ El art. 234.1 LSC establece que «La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros».

extraordinario u objetos de arte o preciosos». Con la sola excepción, de «*la enajenación de acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea, al menos, el de cotización en bolsa*».

Sería el caso de la venta de una nave o local propiedad de la sociedad o de una unidad productiva o línea de negocio. También la venta de participación en otras sociedades no cotizadas (por ejemplo, de filiales). En el caso de una sociedad que ostente una colección arte cedida para la explotación de sus derechos de exhibición o reproducción, la venta de una o varias de sus obras.

- Actos de disposición a título gratuito, es decir, donaciones, salvo «liberalidades usuales» (art. 15.1 b) CDFFA). Aunque no es habitual, podría plantearse si este supuesto comprende la concesión un descuento o un *rappel* por consumo, prácticas normales en la actividad empresarial que, por ello, considero incluidas en la excepción.
- Renuncias a derechos de crédito o condonaciones (art. 15.1.c) CDFFA) que pueden producirse con cierta frecuencia en el tráfico mercantil en el caso, por ejemplo, de renegociación de deudas o de transacciones sobre créditos litigiosos por operaciones comerciales en las que se acepta una quita. Es también el supuesto típico de la mayoría de los acuerdos extrajudiciales de pago y convenios concursales⁷².
- También se requiere asistencia en operaciones tan habituales en una empresa como «*dar y tomar dinero a préstamo o crédito, avalar, afianzar o garantizar con derecho real obligaciones ajenas*» (art. 15.1.d), excepto «*para financiar la adquisición de bienes inmuebles por parte del menor, aún con garantía real sobre los bienes adquiridos*». (art. 15.2 CDFFA), excepción no aplicable en el caso de adquisición de bienes para la sociedad.
- Otro de los supuestos es la cesión en arrendamiento de inmuebles, empresas o explotaciones económicas por plazo superior a seis años (art. 15.1.e).
- También se exige la asistencia para transigir o allanarse (apartado g), aunque conforme al art. 33.2 CDFFA el menor emancipado pueda comparecer por sí solo en juicio⁷³.

⁷² Ver arts. 317 y ss. TRLC sobre el contenido del convenio.

⁷³ Por tanto, en caso de homologación judicial de una transacción conforme al art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo «LEC»), el juez deberá exigir dicha asistencia.

Volviendo al art. 33.1 b) CDFA, también será necesaria la asistencia para «repudiar atribuciones gratuitas» en nombre de la sociedad administrada, aunque sea un supuesto poco frecuente en el tráfico mercantil.

Como ya he señalado, este precepto en su apartado c) también exige asistencia para «aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase». Sería aplicable al supuesto en el que es la sociedad administrada por el menor emancipado la que es designada administradora, en cuyo nombre será el menor emancipado administrador quien deberá aceptar el cargo y designar representante permanente (art. 212 bis LSC).

De cuanto antecede resulta que hay muchos actos habituales en la actividad de cualquier sociedad en los que podría entenderse que su administrador menor emancipado requeriría asistencia para actuar como representante de la sociedad, situación que choca con la concepción del administrador societario como representante orgánico con facultades plenas de actuación y de gestión en el tráfico jurídico-económico que predica nuestro ordenamiento societario, excluyendo la eficacia frente a terceros de cualquier limitación, incluso si estuviera inscrita (arts. 209 y 233 LSC). No es necesario insistir en los inconvenientes en la operativa diaria de una sociedad que supondría la necesidad de intervención del tercero para prestar asistencia.

Es cierto que la condición de emancipado y también de aragonés constará en la inscripción de su nombramiento (art. 38.1.3º RRM), es decir, gozará de publicidad registral frente a terceros, aunque la vecindad civil puede cambiar, hecho que también debería publicarse. El estatuto jurídico del menor emancipado aragonés viene imperativamente determinado por los arts. 30 y ss. CDFA como ley personal. Es decir, no estamos ante una limitación voluntaria impuesta por los socios en el acuerdo de nombramiento restringiendo sus facultades o incorporando en los estatutos facultades de la junta sobre determinados asuntos de gestión, como permiten los art. 160.j) y 161 LSC. En mi opinión, el art. 234 LSC piensa sólo en supuestos de limitación voluntaria de facultades como medida de garantía en el tráfico mercantil, pero no son aplicables a las limitaciones que imperativamente establece nuestro Derecho foral.

Hay que preguntarse si la agilidad en los negocios que requiere el tráfico mercantil se puede ver perjudicada ante la incertidumbre sobre los actos del menor emancipado nombrado administrador que puedan requerir o no asisten-

cia⁷⁴. Un administrador de una sociedad mercantil puede operar en muy distintas zonas geográficas en las que los operadores jurídico-económicos pueden no tener un conocimiento profundo del Derecho foral aragonés. Probablemente no plantearía problemas en cualquier acto con intervención notarial, pero sí en los actos y contratos privados que son los habituales en la operativa ordinaria.

IV. ESTATUTOS SOCIALES Y LIBERTAD DE PACTO. INCORPORACIÓN DEL ELEMENTO ARAGONÉS

El instrumento idóneo para incorporar a la «casa mercantil»⁷⁵ nuestras instituciones forales son los estatutos sociales, auténtica ley societaria de preferente aplicación en cada sociedad⁷⁶. Desde su inscripción, los estatutos *«no sólo producirán efectos en la esfera interna de la sociedad, sino también en la externa, generando consecuencias así para terceros ajenos al contrato de sociedad»*⁷⁷.

Hemos visto que la LSC, más rotundamente en el tipo sociedad limitada, da un amplio margen de libertad de pacto que puede utilizarse para incorporar el elemento aragonés también en el ámbito societario. Las sociedades mercantiles son hoy las nuevas «casas aragonesas» en las que se vuelca en mayor o menor medida el patrimonio familiar y empresarial para desarrollar todo tipo de empresas, no sólo actividades agrícolas o ganaderas como sucedía tradicionalmente.

Ahora bien, no puede olvidarse que los estatutos deben ser una norma «viva» que deberá adaptarse a las modificaciones que experimente la familia o grupo societario, pero también a los nuevos usos y costumbres que se impongan en

⁷⁴ Piénsese que conforme al art. 29 CDFA los actos del menor mayor de catorce años realizados sin la debida asistencia pueden ser anulados *«a) a petición del llamado a prestar la asistencia omitida, mientras el menor no pueda anularlo por sí solo, b) a petición del propio menor, con la debida asistencia. La acción prescribirá a los cuatros años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido realizar el acto sin asistencia»*. Norma que entendemos se aplicaría también a los actos del menor emancipado que requieren asistencia por la remisión al art. 23 que hace el art. 33 CDFA.

⁷⁵ Remitimos a la ponencia «Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés», Ponente: VICENTE SANTOS MARTÍNEZ, Coponentes: PABLO CASADO BURBANO y ELOY JIMÉNEZ PÉREZ y Moderador: HONORIO ROMERO HERRERO, *Actas de los VII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., pág. 40.

⁷⁶ Es con la vigente LSC cuando se introduce la libertad de pacto no sólo en la escritura sino también en los estatutos, mención que no contemplaba el art. 10 LSA ni el art. 12.3 LSRL.

⁷⁷ JORGE MOYA, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO Y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., pág. 354.

la realidad socio-económica. Por ello, deben incorporarse mecanismos en los propios estatutos y también mediante pactos parasocietarios⁷⁸, que permitan su modificación ante la eventualidad de que en el futuro no exista plena sintonía entre los socios⁷⁹.

Paso a analizar las cuestiones estatutarias más relevantes especialmente en las empresas familiares.

IV.1. Permanencia en Aragón del domicilio social.

Es evidente que mantener el domicilio en Aragón en aquellas sociedades en las que hay conexión personal y económico-patrimonial con nuestro territorio⁸⁰ es positivo, ya que los operadores jurídicos que interactúan con la sociedad (notarios, registradores, abogados, asesores, administraciones) están familiarizados con el Derecho foral⁸¹.

Pero también puede tener trascendencia en muchos actos de la vida societaria. Por ejemplo, la celebración de la junta general convocada debe tener lugar en el término municipal del domicilio social, salvo que los estatutos dispongan otra cosa (art. 175 LSC)⁸². Determinará también el Registro Mercantil competente

⁷⁸ Un análisis de los protocolos familiares desde la perspectiva aragonesa se encuentra en la intervención de JUAN ANTONIO YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, «La sucesión de empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos sustantivos», Ponente: FERNANDO CUIEL LORENTE, Coponentes: M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN y JUAN ANTONIO YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA y Moderador: FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ PUERTOLAS, *Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, págs. 125 y ss.

También en «Usufructo viudal de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad», Ponente: JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, Coponentes: MARÍA BIESA HERNÁNDEZ y PABLO ESCUDERO RANERA, *Actas de los XVIII encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 256 y ss.

⁷⁹ En especial porque, salvo excepciones, se prohíbe incluir en los estatutos la exigencia de adopción de acuerdos por unanimidad por los arts. 200 y 201.3 LSC.

⁸⁰ Para evitar los domicilios de mera conveniencia, los arts. 9 y 10 LSC promueven que se fije el domicilio en «el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en el que radique su principal establecimiento o explotación». En caso de discrepancia, la «sede efectiva» podrá utilizarse por los terceros indistintamente junto con el domicilio registral en caso de discrepancia (art. 10 LSC).

⁸¹ El domicilio determina la competencia registral (arts. 17 y ss. RRM, en relación con los arts. 31 y ss. LSC).

⁸² No así la junta universal, que puede celebrarse «en cualquier lugar del territorio nacional o *del extranjero*», siempre que, reunidos todos los socios, así lo acuerden, (art. 178 LSC).

para el nombramiento de auditores o de expertos que deban realizar valoraciones⁸³.

La vigente normativa societaria ofrece mecanismos útiles para mantener ese arraigo aragonés. En efecto, aunque el art. 285 LSC permite al órgano de administración trasladar el domicilio social dentro del territorio nacional sin necesidad de consultar a los socios, puede evitarse atribuyendo estatutariamente esta competencia a la junta (art. 160.j) LSC). Si a ello se acompaña una mayoría cualificada para adoptar el acuerdo de traslado de domicilio, como permite el art. 200 LSC en las sociedades limitadas y el art. 201.3 LSC en el caso de sociedades anónimas, se puede mantener el control por los socios de la permanencia en Aragón de la sede social.

La incorporación de las nuevas tecnologías a la celebración de juntas y consejos, inicialmente por la pandemia COVID⁸⁴ y de forma definitiva con la reforma operada por la Ley 5/2021 de 12 de abril, resta relevancia al posible problema del ejercicio de los derechos de socio por los no residentes en Aragón, ya que se facilita que puedan participar a distancia, incorporándose las oportunas previsiones estatutarias sobre asistencia y celebración telemática (arts. 182 y 182 bis LSC)⁸⁵.

También corresponden a la junta general los acuerdos referentes a la creación de la web corporativa (art. 11 bis y ss. LSC) y, de nuevo mediante pacto estatutario, es posible reservar los acuerdos referentes a la «*modificación, el traslado o la supresión de la página web de la sociedad*» (arts. 11 bis, 2 y 160.j) LSC).

IV.2. Incorporación de prestaciones accesorias.

Las prestaciones accesorias reguladas en los arts. 86 y ss. LSC (y en los arts. 127 y 187 RRM) pueden configurarse en los estatutos con amplísima libertad

⁸³ Ver arts. 17, 123.7, 338, 350, 351, 359, 363, 364 RRM, 265 LSC sobre el nombramiento de auditor y art. 353 LSC referente al nombramiento de experto independiente a efectos de valoraciones.

⁸⁴ Ver art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y art. 3 del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético y en materia tributaria, según redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19.

⁸⁵ Recuérdese que el art. 11 quáter regula las comunicaciones por medios electrónicos a través de la web corporativa, si se acepta por el socio. Sobre esta cuestión, precisamente en las sociedades cerradas, ver la monografía de MARÍA GÁLLEGO LANAU, «*La junta exclusivamente telemática en las sociedades de capital cerradas*», *Revista de Derecho de Sociedades, Monografía nº 51*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

en cuanto a su contenido, su carácter gratuito o retribuido, vigencia temporal, extensión a todos o sólo a algunos socios o vinculándose a determinadas participaciones o acciones.

Son muchos los posibles pactos estatutarios que pueden imaginarse en función del supuesto concreto de cada familia o patrimonio empresarial. Así, pueden consistir en la obligación de conservación y gestión de determinados bienes muebles, como puede ser una colección de arte o de determinados inmuebles especialmente vinculados a la familia. También la realización de prestaciones de servicios por determinados socios especialmente cualificados.

En el ámbito de la empresa familiar se suelen utilizar en combinación con el protocolo para establecer su cumplimiento como obligación, para distribuir funciones en consideración a las diversas competencias de los miembros de la familia o, incluso, para articular la prohibición de pignorar la participación social. La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (o *startups*), incorpora en su art. 11.2 la inscripción de los pactos parasociales así como la posible incorporación como prestación accesoria de su suscripción, siempre que puedan conocerse su contenido por los futuros socios.

La Ley las configura como obligaciones concretas y determinadas y, por tanto, exigibles, cuyo incumplimiento puede dar lugar a sanciones si se incluyen cláusulas penales, que pueden llegar, incluso, a la pérdida de la condición de socio si así lo establecen los estatutos (art. 89.2 LSC). Por ello, «La creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias» debe adoptarse con las mayorías y formalidades exigidas para la modificación de estatutos (arts. 285 y ss. LSC) y, obviamente, con el consentimiento individual del socio o socios obligados.

Repárese que en Aragón el especial régimen de capacidad de los menores mayores de catorce años, de los menores emancipados y los casados supondrá que, en función del contenido, puedan realizar prestaciones que no podrían serles exigibles en territorio común.

IV.3. Régimen de participaciones y acciones. Introducción de derechos y privilegios

Antes de abordar esta cuestión, debemos señalar que el tipo societario elegido, limitada o anónima, y, por tanto, la forma de representación de su capital, no es indiferente.

En efecto, como establece el art. 92 LSC, las acciones son valores mobiliarios, estén representadas mediante títulos o por anotaciones en cuenta. Por el

contrario, este mismo precepto establece que las participaciones no pueden representarse mediante títulos ni considerarse valores.

Aunque se discutió en su momento⁸⁶, actualmente es pacífica la opinión de que la transmisión de participaciones y acciones no requiere renuncia al derecho expectante de viudedad, frente a lo que sucede en el caso de transmisión de una empresa o explotación económica de un empresario persona física (art. 280.1 CDFR). Como señala ADOLFO CALATAYUD «*podría discutirse el caso de que las acciones o participaciones sociales que se enajenen sean la totalidad (sociedad unipersonal que se trasmite íntegra) o casi la totalidad (de modo equiparable a tener toda la sociedad) y la sociedad en cuestión ejerza una explotación económica que pueda ser calificada como tal*», pero en la práctica notarial tampoco en estos casos se considera necesario⁸⁷.

El art. 210.2.k) CDFR⁸⁸ considera consorciales «las acciones o participaciones en sociedades de cualquier clase adquiridas a costa del patrimonio común, aunque sea a nombre de uno de los cónyuges», aunque remite a las normas societarias en las relaciones con la sociedad. Tanto el art. 104.2 LSC en el caso de participaciones, como el art. 116.2 LSC si se trata de acciones nominativas, consideran socio a efectos del ejercicio de los derechos que le corresponden a quien conste como titular en el libro registro de socios o de acciones nominativas, con independencia del régimen económico matrimonial y de las facultades que conforme al mismo o por pacto matrimonial correspondan a los cónyuges.

La primera opción que nos ofrece la normativa mercantil para personalizar la sociedad es la de crear acciones y participaciones con derechos diferentes, constituyendo diferentes clases y series (arts. 23.d) y 94 LSC, 122, 184 y 187.1 RRM).

⁸⁶ Sobre esta cuestión, es muy interesante el debate suscitado entre los notarios ELOY JIMÉNEZ y ADOLFO CALATAYUD, recogido con ocasión de la ponencia «Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés», Ponente: VICENTE SANTOS MARTÍNEZ, Coponentes: PABLO CASADO BURBANO y ELOY JIMÉNEZ PÉREZ y Moderador: HONORIO ROMERO HERRERO, *Actas de los VII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., págs. 61 y ss.

⁸⁷ Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación de ADOLFO CALATAYUD SIERRA titulado «El derecho expectante de viudedad: su necesaria reconsideración», en *Anuario 2017*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2018, págs. 15 y ss. https://aajl.es/wp-content/uploads/2018/06/ACADEMIA_ANUARIO2017.pdf.

⁸⁸ JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA (Director), *Código del Derecho Foral de Aragón*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., pág.382. También JOSÉ ANTONIO SERRANO, «Los bienes de los cónyuges», *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., pág. 395, con cita de la SAPT 11/10/2013, aunque aplicando la anterior normativa societaria.

IV.3.1. Privilegios de contenido económico

La desigualdad de derechos puede ser de contenido puramente económico, es decir, referida al derecho al dividendo o de distribución de reservas.

El denominado «dividendo privilegiado» da preferencia de cobro a sus titulares y obliga a realizar reparto siempre que existan beneficios distribuibles, salvo que en los estatutos se matice o modifique este régimen (art. 95 LSC). En las estructuras familiares esta cuestión guarda estrecha relación con el «dividendo mínimo», al que luego me referiré. El privilegio económico en ningún caso puede consistir en el derecho a la obtención de un rédito o interés, por prohibirlo expresamente el art. 96 LSC.

Los demás socios «no podrán percibir dividendos con cargo a los beneficios mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al ejercicio» (art. 95.1 LSC). Además, la sociedad queda «obligada» a repartir dividendos, aunque no se impone el porcentaje mínimo, siempre que haya beneficios distribuibles, es decir, una vez atendidas las reservas legales y, en su caso, las estatutarias.

Es en los estatutos donde debe configurarse el contenido de este derecho en atención a las necesidades del grupo societario. Deberán establecer también «*las consecuencias de la falta de pago total o parcial (...), si este tiene o no carácter acumulativo (...) así como los eventuales derechos de los titulares (...) en relación con los dividendos que puedan corresponderles a los demás*» (art. 95.3 LSC).

Una lectura conjunta de los arts. 275 LSC y 184.2.2º RRM revela la amplia libertad existente para el diseño de pactos estatutarios sobre distribución de dividendos y cuota de liquidación, en especial, en el caso de sociedades limitadas. El Reglamento se limita a exigir que «*se indicará la cuantía de éstos por medio de múltiplos de unidad*». En aplicación de estos preceptos la DGSJFP en su resolución de 14 de abril de 2021⁸⁹, ha avalado una interpretación extensiva al entender que dicha precisión reglamentaria «no constituye un «númerus clausus» de los supuestos de desigualdad de derechos que permiten otros preceptos legales (...). Se trata ésta de una norma legal dispositiva que permite establecer en los estatutos reglas de reparto de dividendos que no se ajusten a la proporcionalidad entre el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y la participación en el capital social. Por ello debe admitirse que los estatutos establezcan el reparto

⁸⁹ BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2021, págs. 53651 a 53658.

de dividendos por un sistema exclusivamente «viril» o por «cabezas» (...) que no infringe la prohibición de pacto leonino que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas (artículo 1.691 del Código Civil)».

Estas fórmulas pueden ser útiles para beneficiar económicamente a los progenitores o fundadores de la empresa, por ejemplo, en el momento de su jubilación, también en combinación con el usufructo vidual, reconociéndoles un porcentaje superior de participación en los beneficios respecto de los que le corresponderían conforme a su participación en el capital de la sociedad en aquellos casos en los que se ha hecho ya transmisión de propiedad vía pacto sucesorio de presente o donación de acciones o participaciones.

También puede ser un mecanismo útil para proteger o mejorar económicamente a determinados miembros de la familia en situación de vulnerabilidad merecedora de especial protección, también económica⁹⁰. Como hemos visto, puede servir también para igualar a todos los posibles perceptores, con independencia de su participación en el capital mediante el pacto estatutario de «dividendo por cabezas».

En mi opinión, no hay ningún inconveniente jurídico en incluir en los estatutos una vigencia temporal en la aplicación de estos privilegios tanto en cuanto al momento de hacerse efectivos, como también en lo que se refiere a su extinción (por ejemplo, al alcanzar el socio beneficiario la edad de jubilación, determinada edad considerada de madurez u otro acontecimiento). La única exigencia es que el hecho que genera el derecho o su extinción quede perfectamente identificado en el precepto estatutario.

De nuevo, aunque sean previsiones de aplicación futura, es muy recomenda-

⁹⁰ La reciente 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, no se aplica a los aragoneses en aquellas cuestiones que son de derecho sustantivo ya que Aragón tiene reconocida en el art. 71 Estatuto de Autonomía competencia exclusiva en materia de «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes*». La CDFA regula de forma completa la capacidad en sus arts. 24 a 51 y también las relaciones tutelares (arts. 100 a 169).

Sobre los problemas que suscita esta norma, remitimos a la sugerencia del Justicia de Aragón 202100007008 (<https://eljjusticiadearagon.es/wp-content/uploads/resoluciones/Q21-1110-1-1.pdf>).

La reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre (CENDOJ 28079119912021100017), siendo ponente D. Ignacio Sancho Gargallo, ha tenido ocasión de aplicar esta nueva ley ofreciendo, con total acierto, una interpretación coherente con la finalidad de protección real de la persona con limitaciones de capacidad.

ble su regulación estatutaria anticipada para evitar que por cambios de circunstancias o deterioro de la sintonía entre los socios, no sea posible su incorporación cuando sea necesaria su aplicación.

IV.3.2. Acciones y participaciones sin voto

Como supuesto especial de acciones y participaciones con privilegio económico, si bien sacrificando los derechos políticos, encontramos las participaciones y acciones sin voto (arts. 98 y ss. LSC). Cabe imaginar supuestos en los que se desea primar económicamente a determinados socios pero no se desea -porque no conviene o porque no pueden⁹¹- que se involucren en las decisiones políticas que afectan a la gestión de la empresa⁹².

La LSC regula tres privilegios para las acciones y participaciones sin voto, que pueden modalizarse a conveniencia en los estatutos:

- **Dividendo preferente** (art. 99 LSC). Se le atribuye al titular el derecho a percibir el dividendo anual mínimo fijo o variable establecido en estatutos, además, del que corresponda a las acciones con voto. La sociedad queda obligada a repartir beneficios y de no existir o ser inferiores al mínimo establecido en los estatutos, la parte no pagada deberá ser satisfecha en los cinco ejercicios siguientes y, además, dispondrán transitoriamente de derecho de voto.
- **Reducción de capital por pérdidas** (art. 100 LSC). Estas acciones o participaciones no se ven afectadas por una eventual reducción de capital, salvo que el importe de la misma supere el nominal de las restantes. La Ley concede un plazo de dos años para que se restablezca la proporción máxima y, en otro caso, se impone la disolución de la sociedad. Además, en caso de reducción de todas las acciones o participaciones ordinarias, las carentes de voto dispondrán del mismo hasta que se restablezca la proporción legal.
- **Privilegio en la cuota de liquidación** (art. 101). Tienen derecho a percibir preferentemente la cuota de liquidación frente a los demás socios. Analizo luego cómo este privilegio puede servir también para hacer retornar bienes que se aportaron a la sociedad.

⁹¹ Las acciones sin voto, conjuntamente con las demás medidas sobre la persona y su patrimonio que contempla nuestro Derecho foral en los arts. 34 y ss. CDFA, pueden ser un mecanismo idóneo en el caso de patrimonios societarios de personas con discapacidad psíquica.

⁹² El límite máximo de participaciones o acciones de este tipo que se puede crear es el equivalente a la mitad del capital social total en el caso de las sociedades limitadas y del capital desembolsado en las anónimas (art. 98 LSC).

La única limitación societaria es que estas acciones sin voto no pueden agruparse a efectos de designar miembros del consejo por el sistema de representación proporcional en el caso de sociedades anónimas (art. 102, en relación con el art 243 LSC)⁹³.

Como medida de protección la LSC establece que *«toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las participaciones sociales o de acciones sin voto exigirá el acuerdo de la mayoría de las participaciones sociales o de las acciones sin voto afectadas»* (art. 103 LSC).

IV.4. Transmisión de acciones y participaciones

En la regulación estatutaria del régimen de transmisión de acciones y participaciones pueden introducirse fórmulas que incorporen las especialidades propias del Derecho foral aragonés a efectos de proteger la vinculación y permanencia en el ámbito familiar del patrimonio societario⁹⁴.

Los dos principios básicos, cuya vulneración se sanciona con nulidad, son: i) en el caso de sociedades limitadas, en coherencia con su carácter cerrado y personalista, se prohíben las cláusulas estatutarias *«que hagan prácticamente libre la transmisión»* (art. 108.1 LSC) y, ii) tratándose de sociedades anónimas, por el contrario, se proscriben aquellas cláusulas estatutarias que *«hagan prácticamente intransmisible la acción»*, como procede en una sociedad con vocación de ser abierta (art. 123.2 LSC)⁹⁵.

En efecto, el art. 108 LSC, en sede de sociedades limitadas, prohíbe preceptos estatutarios en los que se pretenda obligar al socio a vender un número de participaciones diferente a las ofrecidas que pudieran llevarle a mantener una participación minoritaria sin valor económico real por su insignificancia societaria

⁹³ La resolución de la DGSJFP de 19 de abril de 2022 (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2022, págs. 53437 a 53447) ha reconocido la posibilidad de incluir en estatutos de sociedades de responsabilidad limitada el sistema de representación proporcional. Claramente pro libertad de pacto estatutario, recuerda que el hecho de que la Ley no lo contemple expresamente para un determinado tipo societario, no puede entenderse como prohibición de incorporación al amparo de la autonomía de la voluntad.

⁹⁴ ANTONIO B. PERDICES HUETOS hace un estudio muy completo y riguroso de la cuestión en su obra *Clausulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, op. cit.

⁹⁵ Sobre los diferentes límites entre anónimas y limitadas ver el comentario al artículo 123 LSC de ANTONIO PERDICES, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Dirección: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., págs. 990 y ss.

o que resulte insuficiente para ejercitar determinados derechos reconocidos en la Ley⁹⁶. Tampoco se permiten cláusulas totalmente prohibitivas de la transmisión, salvo que se reconozca al socio el derecho de separación sin causa y en cualquier momento. Sí se permite limitar la transmisión o separación por plazo no superior a cinco años (art. 108.3 y 4 LSC).

Tratándose de acciones, las restricciones a su libre transmisibilidad sólo pueden recaer sobre acciones nominativas (arts. 123 LSC y 123 RRM)⁹⁷. El régimen de transmisión de los distintos tipos de acciones se encuentra en el art. 120 LSC.

Pero más allá de las cuestiones comentadas, existe un amplísimo margen a la autonomía de la voluntad para diseñar preceptos estatutarios adaptados a la concreta situación patrimonial y familiar, más generoso, obviamente, en las sociedades limitadas, como estructuras en las que prima el *intuitu personae*⁹⁸.

El incumplimiento de las normas estatutarias en las transmisiones de participaciones supone que «no producirán efecto alguno frente a la sociedad» (art. 112 LSC) y, por ende, no se reconocerá al adquirente como socio. Aunque no se establece un precepto equivalente en el caso de sociedades anónimas, es habitual incluir la misma previsión estatutaria.

IV.4.1. Sistemas de transmisión

El ordenamiento societario contempla, fundamentalmente, dos sistemas de restricciones a la transmisibilidad:

- Sometimiento de autorización de la transmisión a órganos societarios, sea la junta o el órgano de administración, caso por caso. Esta es la fórmula que la LSC establece como supletoria en las sociedades limitadas a falta de regulación estatutaria. La sociedad «sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente (...) uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones» (art. 107.2 LSC). En el caso

⁹⁶ El porcentaje de participación en la sociedad es relevante. Por ejemplo, el art. 272.3 LSC exige ostentar un 5% de capital social para poder examinar los antecedentes contables y el art. 265.2 LSC exige el mismo porcentaje para poder solicitar el nombramiento de auditor con carácter voluntario por el Registro Mercantil. Por su parte, el art. 203 LSC exige un 1% en sociedad anónima y un 5% en sociedad limitada para poder solicitar acta notarial.

⁹⁷ ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, realiza un estudio completo de la evolución de las cláusulas estatutarias en «Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones. Validez y clases». *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Director: VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, op. cit., págs. 123 y ss.

⁹⁸ ANTONIO. B PERDICES HUETOS, «La modificabilidad del régimen legal de transmisión», *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, op. cit., págs. 30 y ss.

de sociedades anónimas, el art. 123.3 LSC exige que se especifiquen en los estatutos los supuestos en los que se puede denegar la transmisión.

- Regulación en los propios estatutos del procedimiento de transmisión, las preferencias en la adquisición, el sistema de valoración etc. En mi opinión, este sistema dota de mayor seguridad al proceso de transmisión sea *inter vivos* o *mortis causa* pues permite a todos los socios conocer *a priori* el procedimiento aplicable.

Al abordar este tema no puede perderse de vista que la introducción de estas cláusulas limitativas ya constituida la sociedad requiere unanimidad o el consentimiento expreso de los socios afectados (arts. 291, 292 y 293 LSC), pudiendo dar lugar a la separación de los socios disidentes en el caso de sociedades limitadas (art. 346.2 LSC) o a que no queden sujetos al nuevo régimen de transmisión durante tres meses desde la publicación de la modificación estatutaria en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en lo sucesivo «BORME») en el caso de las sociedades anónimas (art. 123.1 LSC).

IV.4.2. Incorporación de la troncalidad a los estatutos sociales

Como recuerda JOSÉ LUIS MERINO, «El concepto de familia, unido a su consecuente troncalidad, es el que prima en todo el Ordenamiento jurídico aragonés, y el que da sentido y determina la mayor parte de sus instituciones forales»⁹⁹.

Es cierto que el elemento familiar («cónyuge, ascendiente, o descendiente» y también herederos) se recoge en la LSC al regular las transmisiones¹⁰⁰, pero esta regulación es insuficiente para responder a las necesidades de protección que puede requerir un concreto patrimonio familiar.

En los casos en los que se quiere asegurar la pervivencia del vínculo familiar como elemento de identidad empresarial, la mejor opción de intensificar dicha vinculación es estableciendo que las acciones o participaciones sólo serán libremente transmisibles a favor de ascendientes o descendientes provenientes del tronco común del fundador de la empresa (padres o abuelos), incluyendo en el precepto estatutario el apellido familiar que actúa de tronco común.

Nuestra normativa societaria lo permite con el solo requisito de que los estatutos definan «de forma precisa, las transmisiones en las que existe la preferencia». Así resulta del art. 123.3 RRM referido a las sociedades anónimas y del art.

⁹⁹ JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, op. cit., pág. 12.

¹⁰⁰ Ver los arts. 107.1 y 110 LSC.

188.2 RRM respecto de las sociedades limitadas, que añade que deben mencionarse también «las condiciones de ejercicio de aquel derecho y el plazo máximo para realizarlo».

Es decir, hay una gran libertad para configurar el concepto de «familia» a efectos de la libre transmisión de acciones y participaciones, pudiendo, por ejemplo, establecer si comprende sólo la línea recta o también la colateral y hasta qué grado concreto. Incluso se puede excluir a determinados miembros de la familia, por ejemplo, a los cónyuges desde cierta generación o imponer que determinados socios sólo puedan transmitir libremente a algunos miembros de la familia, con exclusión de otros. En las estructuras familiares cerradas es habitual incluir la libre transmisión sólo a favor de descendientes consanguíneos del tronco común, cerrándose así el paso a la transmisión a hijos de otro matrimonio o unión de hecho. En Aragón el amplio margen a la libertad de pacto sucesorio y la especial regulación de la legítima colectiva (arts. 486 y ss. CDFA), sin duda, amplían aún más el campo creativo en las transmisiones en vía sucesoria¹⁰¹.

En el caso de empresas familiares de varias generaciones con gran crecimiento personal que ha dado lugar a diferentes ramas, para evitar que éstas pierdan cuota de participación, puede darse solución estatutaria otorgando un derecho de preferente adquisición a los miembros que integran la misma rama frente a los de otros grupos familiares, evitándose la dilución de la participación de la familia afectada. Esta opción puede utilizarse también en el caso de sociedades en las que participan dos o más grupos no vinculados por lazos familiares, para conseguir que cada grupo accionarial mantenga su cuota de participación.

Los beneficiarios de la preferencia estatutaria podrán ejercitarla ante cualquier eventual transmisión a otros parientes o a terceros distintos a los expresamente autorizados. Por su parte, el socio que desee transmitir se verá obligado a vender en las condiciones estatutarias a los socios que ejerciten su derecho de adquisición preferente. Sólo desestimada la compra por todos los posibles beneficiarios de la preferencia, incluso a la propia sociedad si así se prevé en los estatutos, podrá transmitirse la participación a terceros.

¹⁰¹ Sobre la autonomía de la voluntad en vía sucesoria el art. 318 CDFA establece que «*El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae*». También art. 381 CDFA sobre la posible inclusión de «*sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan*» en los pactos sucesorios.

IV.4.3. Previsiones especiales en el caso de socios personas jurídicas

Es relativamente frecuente que en estructuras societarias familiares los descendientes creen sus propias sociedades a las que incorporan el patrimonio generado por ellos y también el que puedan haber recibido de la familia¹⁰². Por motivos no sólo organizativos sino también fiscales es habitual aportar las participaciones o acciones de la empresa familiar.

En estos casos en los que ya no es el socio el miembro de la familia, sino «su» sociedad, puede darse la situación de que la participación que indirectamente se ostenta en la empresa familiar se transmita *de facto* mediante la transmisión de la participación en la sociedad que es socio¹⁰³. Pues bien, para evitar que se burlen por esta vía las restricciones a la libre transmisión que puedan afectar a las personas físicas, es conveniente introducir barreras estatutarias que eviten la injerencia de terceros por esta vía indirecta.

En primer lugar el precepto estatutario debe definir qué sociedades pueden ser socios de la empresa familiar exigiendo que, en todo momento, la persona física vinculada a la familia sea el titular real de todo el capital social o de una elevada participación que le garantice el control de la misma.

Adicionalmente, se debe incluir que los socios personas jurídicas sólo podrán vender a personas físicas que pertenezcan a la familia según definición de ésta en los propios estatutos o a otras sociedades en las que sus socios personas físicas estén vinculados al tronco familiar y ostenten una participación de pleno control. La pérdida de esta condición se convierte en supuesto de venta obligatoria a la que luego me referiré.

En algunos grupos familiares, incluso se incorporan al protocolo los estatutos que deben adoptar estas sociedades constituidas por miembros de la familia.

IV.4.4. Medidas relacionadas con el matrimonio y su posible crisis

Como hemos anticipado, en la actual realidad social el matrimonio ha dejado de ser entendido como una institución concebida hasta «*el fin de los días*». Esta realidad ha llevado a que puedan producirse situaciones de ruptura (divorcio, separación de hecho o de derecho), pero también la aparición de otros posibles

¹⁰² Remitimos a la regulación del art. 216 CDFA. Sobre esta cuestión, JOSÉ ANTONIO SERRANO, «Bienes comunes de origen familiar», Manual de Derecho *Foral Aragonés*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., pág. 397.

¹⁰³ ANTONIO B. PERDICES HUETOS hace un estudio completo de la cuestión en «Adquisiciones indirectas», *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, op. cit., págs. 367 y ss.

vínculos afectivos (uniones de hecho¹⁰⁴, situaciones de mera convivencia¹⁰⁵), que pueden acarrear problemas societarios si se produce un conflicto o ruptura no armónica, que puede afectar a los demás socios y al propio patrimonio familiar.

Conviene recordar que el art. 267.2.d) CDFA concede preferencia en la adjudicación en el caso de disolución del consorcio en el lote del cónyuge de «las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o a sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad».

Pero también que en el caso de que se hayan recibido acciones o participaciones de una empresa familiar que pasen a formar parte del «patrimonio común (...)» procedente de la familia de uno de los cónyuges, se considerará que el bien ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar» (art. 216 CDFA)¹⁰⁶. Con ello «no podrá haber recobro de liberalidades, sucesión troncal o derecho de abolorio, y que la pérdida de la condición familiar del bien no conlleva tampoco que el cónyuge por línea de procedencia adquiera o conserve la condición de familiar sobre otro derecho por subrogación real»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Arts. 303 a 315 CDFA. Ver AURORA LÓPEZ AZCONA, «Parejas estables no casadas», Manual de Derecho Foral Aragonés, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 555 y ss.

¹⁰⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 647/2008, de 21 de noviembre de 2008 (CENDOJ 50297370052008100469) recuerda que ante la finalización de la relación en el caso de parejas no constituidas por matrimonio no cabe «la aplicación analógica de las normas previstas para la disolución de las sociedades conyugales ni, por ende, de las normas previstas para las parejas estables reguladas en las distintas comunidades autónomas, cual ocurre con la Ley 6/1999 de esta CA, cuando los convivientes optan por permanecer al margen de la regulación, que es lo que sucede en el presente caso, en el que los litigantes no cumplimentaron el requisito de inscripción (...)». También, en un supuesto de pareja estable inscrita, sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 121/2017, de 21 de febrero de 2017 (CENDOJ 50297370022017100091).

¹⁰⁶ JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA (Director), *Código de Derecho Foral de Aragón*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 388 y 389, considera que con la reforma del 2003 «El legislador cierra así atinadamente una controversia doctrinal».

¹⁰⁷ JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., pág. 397, con cita de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 31/2012, de 5 de octubre (CENDOJ 50297310012012100025), resolución que analiza la pérdida del carácter troncal de un bien a efectos del derecho de abolorio, en el caso de adquisición por el cónyuge ajeno a la familia

Ello ha motivado que en determinadas estructuras sea aconsejable incorporar en los estatutos una previsión que excluya la libre transmisión a los cónyuges de socios o personas unidas por análoga relación de afectividad, dándoles el mismo tratamiento que a terceros. Alternativamente, como ya hemos señalado, se admite que el cónyuge sea socio, pero se restringe su capacidad de transmitir su participación únicamente a los descendientes del tronco común, es decir, se impide así la transmisión a hijos de otra relación. En algún caso, estas restricciones se incluyen para que afecten sólo a los cónyuges de socios de segunda generación y siguientes, no al matrimonio fundador y así se prevé en los estatutos.

Otra medida muy útil que contempla la normativa societaria, aunque infrautilizada en la práctica, es la inclusión en estatutos de una obligación de venta en el caso de que acaezca determinada condición, por ejemplo, separación o divorcio. Con ello, el cónyuge que no pertenezca al tronco familiar en el que tiene origen el patrimonio societario deberá proceder a la venta de su participación, imperativamente, a las personas que identifiquen los estatutos, sea su ex cónyuge, los descendientes, otros socios o la propia sociedad.

El art. 188.3 RRM, quizá de forma *ultra vires*, pero muy útil en la práctica societaria, en el caso de sociedades limitadas estableció la posible inscripción de «cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos»¹⁰⁸.

En tanto que es una norma estatutaria de obligado cumplimiento y aplicación preferente, será exigible por el órgano de administración y también por los demás socios. Igualmente, deberá aplicar dicha regulación el juez que conozca de la disolución del consorcio. A falta de acuerdo en la distribución del patrimonio conyugal, deberá respetarse el régimen estatutario en la adjudicación. Repárese que son supuestos en los que el cónyuge es nominalmente socio, no sólo titular consorcial (art. 210.k) CDFA). Hay que recordar también que el art. 267 CDFA se refiere expresamente a «limitaciones (...) pactadas», de ahí la importancia de la incorporación a los estatutos de estas previsiones.

En todos estos supuestos, la libertad de pacto permite prever también normas de valoración de la participación societaria a falta de acuerdo entre transmitente

troncal.

¹⁰⁸ ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, «Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones. Validez y clases», *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Director VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 152.

y adquirente, siempre que permitan obtener el «valor razonable», como luego analizo más detenidamente.

Pueden incluirse también otras causas de venta obligatoria siempre que puedan objetivarse y se regulen de forma clara en los estatutos. Por ejemplo, prestar servicios en empresas competidoras, ser condenado por determinados delitos o cometer determinadas infracciones administrativas consideradas graves.

Es habitual encontrar en protocolos familiares, pactos parasocietarios y capitulaciones matrimoniales el compromiso de mantener el carácter privativo de la participación en la empresa o sociedad familiar. Ahora bien, estos pactos, si se mantienen privados¹⁰⁹, no son oponibles a la sociedad y carecen de eficacia frente a terceros, como expresamente señala el art. 29 LSC. Como mecanismo inhibitorio del incumplimiento se suelen incluir cláusulas de penalización de cuantía elevada para el caso de incumplimiento y, como he señalado ya, el cumplimiento del protocolo familiar puede introducirse como obligación configurándolo como prestación accesoria.

Como complemento a las medidas citadas, el art. 175.2.a) RRM permite la inclusión en estatutos de «cláusulas penales en garantía de las obligaciones pactadas e inscritas». En igual sentido art. 114.2.a) RRM respecto de las sociedades anónimas.

IV.4.5. Adquisición por la propia sociedad en autocartera de acciones y participaciones

En la regulación estatutaria limitativa de las transmisiones a terceros es muy aconsejable incluir el derecho de adquisición preferente por la propia sociedad o por otra sociedad del grupo familiar.

El art. 140 LSC prevé como supuestos de libre adquisición derivativa en las sociedades de responsabilidad limitada, además de las adquisiciones a título gratuito o en ejecución judicial de una deuda del socio, «d) Cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto (...) participaciones que se

¹⁰⁹ La inscripción de los protocolos familiares está regulada en el art. 114.2 RRM en el caso de sociedades anónimas y en el art. 175.2 RRM para limitadas. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, reguló la publicidad registral a los protocolos familiares de sociedades familiares no cotizadas, medida que no ha tenido excesivo éxito en la práctica, precisamente por el componente de intimidad familiar que conllevan estos documentos, aunque se prevea en la norma la necesidad de que los afectados presten consentimiento expreso, como impone la normativa de protección de datos.

adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas o participaciones transmitidas mortis causa».

Es una realidad que en muchas estructuras familiares los recursos financieros se encuentran en la propia sociedad. Por ello, en ocasiones, los socios no pueden hacer frente personalmente a posibles compras de acciones o participaciones ofrecidas. Además, la normativa societaria es clara en cuanto a la prohibición de asistencia financiera por la sociedad a sus socios para adquirir participaciones o acciones propias o de su sociedad dominante (art. 150 LSC).

La incorporación de este derecho de adquisición preferente por la propia sociedad, obviamente, con respeto a los requisitos, límites y formalidades previstos en los arts. 140 y ss. LSC, es por ello muy útil.

En ocasiones, se concede a la sociedad derecho de adquisición preferente de primer rango, incluso antes que a los demás socios, para que sea ésta la que controle la adquisición de acciones o participaciones, por ejemplo, para poder mantener los porcentajes de participación entre ramas. También puede establecerse que la sociedad tendrá derecho a presentar un tercer adquirente, por ejemplo, un familiar que no sea socio o alguien afín a los fundadores como un empleado de confianza. En definitiva, son filtros para evitar la intromisión de un tercero en la sociedad familiar.

También es útil introducir el mecanismo de que la sociedad pueda concurrir a adquirir las restantes participaciones o acciones que no deseen adquirir otros socios para que no se frustre la adquisición total, ante la prohibición de obligar al socio a vender un número de participaciones o acciones distinto a las ofrecidas ya comentada (art. 108.2 LSC).

IV.4.6. Regulación estatutaria de sistemas de valoración

En ausencia de regulación estatutaria, las fórmulas de valoración que contempla la normativa societaria dependiendo del tipo de transmisión, así como si se trata de participaciones o acciones, es por un «experto independiente, distinto del auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta» o por el registrador mercantil (arts. 107.2.d) y 124.2 y 353 por remisión del art. 110 LSC).

Ambas fórmulas pueden no resultar siempre idóneas. En el primer caso porque el nombramiento se deja en manos del órgano de administración normalmente afín al grupo mayoritario y en el segundo porque, generalmente, el registro

designa a los expertos por turno¹¹⁰ y el nombrado puede no tener la experiencia o los conocimientos deseables sobre la empresa, el sector, etc.

Por ello es muy aconsejable una regulación estatutaria adecuada que establezca por quién y cómo se valora la participación. La DGSJFP ha evolucionado decididamente a favor de la libertad de pacto en esta materia como, entre otras, recoge la resolución de 17 de mayo de 2021¹¹¹.

Es una realidad que en las sociedades hay valores extracontables no reflejados en el balance, como sucede con el fondo de comercio, inmuebles recalificados o signos distintivos consolidados, que, sin embargo, son muy relevantes para determinar el verdadero valor de la empresa y, si no se pacta que se deberán tomar en consideración, se podrían obviar en una valoración puramente «de libros».

La única cautela que establece la Ley es que dichos mecanismos deben asegurar que el transmitente va a poder percibir el «valor real» y que sean transparentes. Los arts. 114.2.b) y 175.2.b) RRM, respectivamente aplicables a anónimas y limitadas, se refieren al «establecimiento por pacto unánime entre los socios de los criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable (...) para el caso de transmisiones inter vivos y mortis causa». De ahí la importancia de introducir estas previsiones cuando hay sintonía entre todos los socios. Como no podría ser de otro modo, por independencia, se excluye la posibilidad de designar al propio auditor de la sociedad como valorador (art. 107.2 LSC, referido a limitadas).

La resolución de la DGSJFP de 27 de febrero de 2020 ya citada, con fundamento en las resoluciones de 15 de noviembre de 2016, 9 y 23 de mayo de 2019, hace un análisis muy acertado de la cuestión primando la libertad de pacto estatutario. Así, reconoce que *«se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, si bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y –salvo en el caso de sociedades abiertas– tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. (...) El régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos «inter vivos» únicamente queda sujeto a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido (artículo 28 de la*

¹¹⁰ El art. 340 RRM permite al Registrador, en ausencia de normas, designar al experto *«a su prudente arbitrio (...) entre las personas físicas o jurídicas que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones»*.

¹¹¹ RJ Aranzadi 2021/4138.

Ley de Sociedades de Capital) así como a las limitaciones específicas establecidas en el artículo 108 de la misma ley. Entre tales limitaciones legales no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general. (...) Por lo demás, si el acuerdo sobre la referida disposición estatutaria ha sido adoptado por unanimidad de los socios en junta general universal, se cumple el requisito establecido en el citado artículo 175.2.b) del Reglamento del Registro Mercantil para la inscripción (...)».

Lo recomendable en la redacción de estos preceptos es que siempre prime el acuerdo entre las partes y, en su defecto, se facilite también en primer lugar la designación por los socios implicados del valorador de su confianza. Puede ser un asesor, un directivo, una institución o un determinado Colegio profesional. Es inscribible y suele dar lugar a resultados equilibrados la fórmula de que, a falta de acuerdo sobre el valor o sobre la persona que deba valorar, cada parte designe a su experto y el valor real aplicable sea el que resulte del promedio del valor establecido en ambos informes.

Además debe regularse también la asunción de los costes de estos informes, plazos para la emisión¹¹² y la obligación de la sociedad a través de sus administradores de facilitar el pleno acceso a la información necesaria, fundamental para que, efectivamente, pueda realizarse una valoración correcta.

La resolución de la hoy DGSJFP de 2 de noviembre de 2010¹¹³, admitió la inscripción de una cláusula estatutaria que atribuye a los socios el derecho a vender libremente participaciones a la sociedad al precio que se apruebe por la junta cada dos años tomando como base los beneficios de los últimos cuatro ejercicios y el valor de los inmuebles de los que sea titular.

IV.4.7. Aplazamientos y garantías

La forma y condiciones de pago siempre pueden pactarse entre las partes, pero si los estatutos incluyen límites sobre aplazamientos, intereses y posibles garantías, indudablemente, se dota de claridad al proceso de transmisión.

¹¹² El art. 345 RRM lo fija en un mes desde la aceptación del nombramiento, plazo que se revela en la práctica muy corto, en especial, para determinadas valoraciones de bienes inmuebles, obras de arte u otros objetos de valor etc. Es recomendable ampliarlo en estatutos. También conviene regular la suspensión del plazo de emisión del informe hasta que el experto reciba la información y documentación necesaria al efecto.

¹¹³ Citada por ALBERTO VAQUERIZO, *Comentario la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., pág. 393.

En cuanto a las garantías, el art. 107.2.d) LSC en sede de sociedades limitadas establece que «Si el pago de la totalidad o parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el precio aplazado». Este es un sistema muy rígido que puede hacer inviable la operación por los costes bancarios de otorgamiento de estas garantías o, simplemente, por la imposibilidad de conseguirlas por el adquirente. Por ello, es conveniente una regulación estatutaria más flexible, dejando a las partes que puedan establecer otras garantías reales o personales, si el acreedor las encuentra suficientes.

Tampoco existe problema en incluir previsión estatutaria sobre posibles aplazamientos de pago indicando porcentajes, plazos, devengo de intereses remuneratorios y/o moratorios. Obviamente, la incorporación de estas cláusulas estatutarias exige conformidad de todos los socios afectados. Esta cuestión ha sido analizada por la resolución de la DGSJFP de 28 de julio de 2021¹¹⁴ que reconoce la posibilidad, siempre que no exista norma que imponga el pago al contado o en un plazo determinado, como es el caso de los arts. 110 y 356 LSC¹¹⁵.

IV.4.8. Cláusulas de arrastre y acompañamiento

Hay que hacer una mención a la incorporación de cláusulas que imponen a los socios la transmisión conjunta, sea «por arrastre» o «por acompañamiento». Su finalidad es promover la venta por todos los socios o, al menos, por los que representen un porcentaje de control, simultánea y conjuntamente, en caso de que haya una oferta de compra por un tercero.

La razón de ser de estas cláusulas es doble: la protección de los socios minoritarios y también que éstos no puedan frustrar una posible oferta de compra por un tercero respaldada por la mayoría en caso de que sea condición de la misma la transmisión del cien por cien del capital o, al menos, una mayoría que asegure el efectivo dominio de la sociedad.

En la LSC no hay previsión expresa, pero sí encontramos regulación reglamentaria en los arts. 114.2.d) y 175.2.d) RRM que permiten la inscripción del *«pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las par-*

¹¹⁴ RJ Aranzadi 2021/4419.

¹¹⁵ Considera sin embargo inscribible la cláusula que impone el aplazamiento si la exclusión del socio se produce como sanción por el previo incumplimiento de una cláusula estatutaria de venta obligatoria que también preveía aplazamientos de pago, cuando dichos preceptos estatutarios han sido adoptados por acuerdo unánime.

tes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable».

Las cláusulas de acompañamiento permiten a los socios con una participación minoritaria adherirse a la oferta de compra formulada por un tercero a otros socios en las mismas condiciones. En las estructuras familiares pueden ser muy útiles para facilitar la salida conjunta, constituyendo un mecanismo de protección para socios o grupos de socios sin participación mayoritaria que les permite desvincularse de la sociedad ante la eventualidad de que la sociedad deje de ser familiar en el caso de una oferta de compra formulada sólo a determinados socios que ostenten la mayoría de control.

En todo caso, me parece aconsejable que se configure como una facultad del socio estableciendo las condiciones de adhesión a la oferta de compra que, en ningún caso, pueden ser peores que las del socio promotor de la propuesta.

Por el contrario, en el caso de las cláusulas de arrastre, se protege al socio o socios promotores de la venta de la empresa. Por ello, lo que se les concede es un derecho a obligar a los demás socios a adherirse ineludiblemente a la oferta de compra respaldada por un porcentaje mayoritario en las condiciones previstas en los estatutos.

Previsiones estatutarias que comparten la idea de evitar la desmembración del patrimonio societario y su consiguiente pérdida de valor global, principio también presente en varias instituciones del Derecho aragonés.

En este caso, además de las previsiones que permitan garantizar a los socios el conocimiento de la propuesta de compra, sus condiciones, etc., se pueden establecer requisitos *sine qua non* para que los socios puedan ser «arrastrados». Por ejemplo, sobre el precio mínimo a percibir, plazos de pago, garantías, etc., de modo que si no se cumplen dichos requisitos, se requiera el consentimiento individual para obligar al socio a que transmita.

En ocasiones, estas ofertas de compra por terceros conllevan que determinados familiares pasen a formar parte de la nueva estructura societaria como empleados, directivos, asesores, etc. de la empresa. Nada obsta que para tales supuestos los socios excluidos perciban otra compensación equivalente, siempre que se regule de forma clara en los estatutos.

Estas cláusulas han sido plenamente admitidas por la DGSJFP, entre otras, en la resolución de 30 de julio de 2018¹¹⁶, con fundamento en «el art. 188.3 RRM, que declara inscribibles las cláusulas estatutarias que imponen al socio la

¹¹⁶ BOE núm. 223, de 14 de septiembre de 2018, págs. 89363 a 89370.

obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas cuando concurren circunstancias «expresadas de forma clara y precisa en los estatutos». (...) Los dos únicos requisitos que puede comprobar el Registrador en relación con ambas cláusulas es: a) si están prohibidas por la Ley y b) si en ellas está expresada de forma clara y precisa la circunstancia que permite el ejercicio del derecho de arrastre o acompañamiento».

IV.4.9. Transmisiones forzosas

Otro de los supuestos en los que es muy recomendable incorporar previsiones en la regulación estatutaria, para proteger el carácter cerrado de la sociedad, es en el caso de transmisiones forzosas, consecuencia de una ejecución sea en vía judicial o extrajudicial.

Más allá de los pactos que suelen incluirse en protocolos familiares, pactos parasocietarios y capitulaciones estableciendo el compromiso de no ofrecer en garantía las acciones o participaciones de la empresa familiar, no cabe un pacto que garantice la inembargabilidad de las acciones y participaciones de sociedades capitalistas y, por tanto, como cualquier otro bien o derecho de contenido económico quedan sujetas a la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC. Como hemos visto, sí es posible introducir la obligación de no pignorar como prestación accesoria (art. 86 LSC).

La resolución ya citada de la DGSJFP de 27 de febrero de 2020, ha analizado esta cuestión en relación con la posible inclusión en estatutos de un precepto que establezca que, en caso de producirse *«el inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales frente a cualquiera de los socios de la sociedad que tuviera como objeto la inmovilización de las mismas que pudiera desembocar en un procedimiento de ejecución forzosa (...)»*, se pueda privar de derechos al socio como el de voto en *«decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos (...)»*. En el supuesto, además, se configuró como causa de expulsión *«el inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones de cualquier socio, ya sea de forma total o parcial, debiendo proceder la sociedad «a amortizar las participaciones sociales del socio afectado por la exclusión, cuya valoración a efectos de su contraprestación corresponderá con el valor razonable de las participaciones afectadas, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta (...)»¹¹⁷*.

¹¹⁷ También, resolución DGSJFP de 17 de mayo de 2021 (RJ Aranzadi 2021/4138).

La DGSJFP considera que la flexibilidad de régimen en las sociedades limitadas permite la inscripción de estos pactos ya que «no cabe acoger argumentos (...) que limitan la autonomía de la voluntad (...) y, concretamente, en el presente caso en que se aprueban los estatutos por unanimidad y no es imaginable que los futuros adquirentes de las participaciones sociales no conozcan el régimen aplicable según los estatutos que gozan de la publicidad del Registro Mercantil».

Por ello, una regulación estatutaria que establezca el procedimiento a seguir, las preferencias en la adquisición por parte de los socios o de alguno de ellos, como pueden ser los que integren la misma rama familiar, así como la posible adquisición por la propia sociedad, puede ser útil para evitar la injerencia de terceros. Normas estatutarias plenamente vinculantes para los intervinientes en el proceso de ejecución, lo cual no sucede si se mantienen en el ámbito privado de los pactos parasocietarios.

Se refieren a estas transmisiones el art. 109 LSC en el caso de sociedades limitadas y el art. 125 LSC para las anónimas (por remisión al régimen de las transmisiones *mortis causa* del art. 124 LSC). Pero hay una diferencia sustancial en cuanto al momento de efectiva adquisición por el ejecutante en el caso de acciones y participaciones.

En la ejecución de participaciones de sociedades limitadas, además de que debe notificarse a la sociedad por la autoridad que gestione el proceso de ejecución tan pronto se traben embargo, se suspende la aprobación del remate y se da traslado a la sociedad para que dé cumplimiento al régimen legal o estatutario a efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente por los socios, en su caso, con las preferencias que consten en los estatutos sobre ramas familiares, etc. o por la propia sociedad, si así se prevé. Los socios o la sociedad, deberán consignar el importe del remate o adjudicación al acreedor y todos los gastos causados. Es decir, el ejecutante no llega a adquirir la condición de socio si se ejercita el derecho de adquisición preferente. Transcurrido el plazo máximo de un mes sin que conste su ejercicio, el remate deviene firme.

Por el contrario, en el caso de sociedades anónimas, no hay suspensión del remate. El ejecutante adquiere las acciones y si se desea rechazar la inscripción en el libro registro a su favor, debe presentarse al ejecutante un adquirente u ofrecerse a adquirirlas la propia sociedad por el valor razonable.

IV.4.10. Transmisiones *mortis causa*. La fiducia aragonesa

En materia de transmisión en vía sucesoria es fundamental mencionar, aunque exceda del propósito de este trabajo, los mecanismos que ofrece nuestro

Derecho foral para la conservación de la empresa familiar con instituciones como el consorcio foral (arts. 373 y ss. CDFFA), la legítima colectiva (arts. 486 y ss. CDFFA), la comunidad que continúa tras la disolución (arts. 250 y ss. CDFFA), la fiducia (arts. 439 y ss. CDFFA), la sucesión vía testamento mancomunado¹¹⁸ (arts. 417 y ss. CDFFA) o pacto sucesorio (arts. 377 y ss. CDFFA) y, también, en capítulos matrimoniales (arts. 195 y ss. CDFFA), así como «*reserva de señorío mayor en el heredamiento de casa aragonesa*» (art. 388 CDFFA). Instituciones puramente aragonesas que son claves en la transmisión de la empresa familiar¹¹⁹.

En las sociedades familiares es especialmente útil la institución genuinamente aragonesa de la fiducia sucesoria que permite posponer la elección del descendiente que asumirá la empresa en atención de su propia evolución personal si son aún menores o jóvenes, mejorando las posibilidades de acierto en la elección del heredero continuador del negocio familiar. Ahora bien, eso supone que hasta la efectiva adjudicación, el fiduciario debe gestionar, llevar a cabo una «administración dinámica», si en el patrimonio objeto de fiducia hay negocios¹²⁰, como señala el art. 452 CDFFA.

¹¹⁸ FERNANDO GARCÍA VICENTE, «Título III. De la sucesión testamentaria. Capítulo II. Testamento mancomunado», *Revista de Derecho Civil Aragonés. V 1999 n° 1. Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, Coordinador: JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA, Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, 1999, págs. 67 y ss.

¹¹⁹ Sobre la sucesión de la empresa individual desde el prisma del Derecho aragonés, remito a la ponencia «La sucesión de empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos sustantivos», Ponente: FERNANDO CURIEL LORENTE y Coponentes: M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN y JUAN ANTONIO YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, Moderador: FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, *Actas de los XI encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit.

Puede verse la Memoria de Licenciatura de mi profesor de Derecho de Sociedades en la Facultad de Derecho de Zaragoza, MANUEL LÓPEZ SÁNCHEZ, sobre *La transmisión «mortis causa» de la empresa de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1981.

Un análisis del tratamiento civil y tributario en Aragón puede encontrarse en «Los pactos sucesorios: su vigencia hoy y su tratamiento tributario», Ponente: JAVIER PALAZÓN VALENTÍN y Coponentes: JAVIER OÑATE CUADROS y FRANCISCO POZUELO ANTONI, *Actas de los XXIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2020, págs. 7 y ss.

¹²⁰ ADOLFO CALATAYUD SIERRA, en «Título IV. De la fiducia sucesoria» en *La Revista de Derecho Civil Aragonés. V 1999 n° 1. Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., págs. 87 y ss. También ALFREDO SÁNCHEZ-RUBIO GRACIA, *Código de Derecho Foral de Aragón*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 645 y ss. y ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, «La fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 721 y ss.

En muchas ocasiones se producirá también la continuación de la comunidad si la disolución del consorcio¹²¹ no se acompaña de la liquidación y división del patrimonio común. Institución histórica para dar solución al mantenimiento del patrimonio productivo familiar que sustenta a la familia una vez fallecido el empresario¹²².

Hasta la ejecución total o parcial, el fiduciario puede -y debe- ejercitar todos los derechos de socio, salvo designación de otro administrador (art. 449 y ss. CDFA). Se plantea si puede realizar actos societarios que, de hecho, supongan la sustitución o enajenación de las acciones o participaciones objeto de fiducia (por ejemplo, una operación estructural que suponga un canje, una reducción de capital con restitución de aportaciones o una permuta o venta). Salvo instrucciones expresas en contrario del comitente, si se le han otorgado facultades dispositivas podrá realizar actos a título oneroso con sujeción a lo dispuesto en el art. 453 CDFA¹²³. En el caso de transmisión de empresas y explotaciones económicas, así como de valores mobiliarios (acciones), habiendo legitimarios, el art. 454 CDFA exige la autorización de cualquiera de ellos y si fueran menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez. Los nuevos bienes se subrogan en lugar de los enajenados. Si la condición de administrador y fiduciario no coinciden éste debe dar cuenta a aquél de cualquier enajenación (art. 453.2 y 3 CDFA).

Sin embargo, para la completa efectividad de las instituciones forales es muy aconsejable una adecuada regulación estatutaria pues, en otro caso, determinadas previsiones sucesorias pueden plantear problemas de oponibilidad a la sociedad. Por ello, en una planificación sucesoria en la que forman parte del caudal relicto acciones y/o participaciones de sociedades cerradas es necesario abordar conjuntamente ambos planos: el sucesorio y el societario.

¹²¹ Tras la reforma de 2003, la disolución puede producirse no únicamente por fallecimiento del cónyuge, sino también *inter vivos* por disolución o nulidad del matrimonio, separación judicialmente declarada o por decisión judicial (arts. 244 y 255 CDFA). Las facultades de administración y, en especial de disposición, son distintas en la disolución por muerte (art. 253 CDFA) y en la disolución por otras causas (art. 254 CDFA). En el primer supuesto es de reseñar la previsión expresa de la facultad del cónyuge supérstite de «*por si solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que ambos cónyuges hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos*» (apartado 3º del art. 253 CDFA). Donación que puede referirse a la participación en la empresa familiar.

¹²² JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, «Disolución del consorcio conyugal y comunidad que continúa tras la disolución», en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, El Justicia de Aragón, 2020, op. cit., págs. 468 y ss.

¹²³ Deberá respetarse también lo dispuesto en el art. 457 CDFA de modo que si existen descendientes al ejecutarse la fiducia, «el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante».

En el caso de sociedades limitadas, la Ley parte de que «la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio»¹²⁴. Por tanto, es en los estatutos donde deben regularse los derechos de preferente adquisición a favor de los socios sobrevivientes, de otro familiar o de la propia sociedad para que puedan esgrimirse frente al heredero o legatario.

Tratándose de sociedades anónimas, es también importante consignar expresamente las posibles restricciones, derechos de preferencia, procedimiento y forma de valoración en los estatutos, porque, como establece el art. 124.1 LSC, sólo en este caso serán exigibles.

Por evitar reiteraciones remito a lo ya indicado al analizar las transmisiones *inter vivos* en cuanto a las distintas fórmulas para incorporar la «troncalidad», supuestos de venta obligatoria o sobre inclusión de preferencias para asegurar el mantenimiento de la cuota de participación de las diferentes ramas familiares, también aplicables en las transmisiones *mortis causa* con las peculiaridades que analizo a continuación.

En cuanto a la determinación del «valor razonable» que debe recibir el heredero o legatario la Ley remite al procedimiento de valoración en los casos de separación (art. 353 LSC por remisión del art. 110.2). Por tanto, «a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el Registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración» (art. 353.1 LSC). Tratándose de acciones, el art. 124.2 LSC confía la designación de experto a los administradores. Remito a lo ya expuesto previamente sobre la conveniencia de incluir una adecuada regulación estatutaria del procedimiento de valoración.

Aunque el art. 110 LSC establece que el precio debe pagarse al contado, en mi opinión, no hay ningún inconveniente en incluir otra regulación sobre aplazamientos, garantías, etc., al igual que en las transmisiones *inter vivos*, al amparo

¹²⁴ Ver GUILLERMO ALCOVER GARAU «Legado de participaciones sociales y adquisición de la condición de socio (comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo 862/2021, de 13 de diciembre)», *Revista de derecho de Sociedades*, mayo-agosto 2022, n.º 65, Dirección: ANDRÉS RECALDE CASTELLS y ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, Secretaría: GUILLERMO GUERRA MARTÍN, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, págs. 199 y ss.

de la libertad de pacto, siempre que el acuerdo de modificación estatutaria cuente con el *placet* de todos los socios.

Como garantía para los herederos y legatarios el art. 111 LSC recuerda que el régimen aplicable en estas transmisiones de participaciones «*será el vigente a fecha en la que el socio hubiera comunicado a la sociedad su propósito de transmitir o, en su caso, en fecha de fallecimiento del socio o en la de adjudicación judicial o administrativa*». Se evitan así modificaciones estatutarias apresuradas o intencionadas en perjuicio del heredero o legatario. Sirva como llamada de atención sobre la conveniencia de introducir la correspondiente previsión en la regulación estatutaria anticipadamente.

Ya hemos visto que la autonomía de la voluntad en vía sucesoria en Aragón es muy amplia (arts. 318 y 381 CDFA). Se plantea si en uso de dicha libertad se pueden incluir previsiones que supongan la derogación *de facto* de normas societarias.

En efecto, en ocasiones, en los documentos sucesorios se introducen normas referentes a la designación de administradores o impeditivas del cese de los designados por el causante. En mi opinión, hay que ser especialmente cauteloso en la redacción porque no puede suponer la vulneración de normas societarias imperativas, en especial, en los casos de prohibiciones o incompatibilidades para el ejercicio del cargo por determinada persona, aunque fuera designada por el causante. Situaciones que, además, pueden producirse *a posteriori*. Es el caso de los arts. 213 y 224 LSC, precepto este último que impone que «los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista».

Cuestión importante es qué sucede en el caso de cese sin causa o por simple pérdida de confianza de determinado administrador por los herederos en contra de lo dispuesto por el causante. La norma societaria parte del principio de que siempre cabe la destitución de los administradores *ad nutum* (art. 223 LSC)¹²⁵, sin perjuicio de la plena libertad del causante para ordenar su sucesión como le reconoce el art. 318 CDFA, sin más límites que «el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae*». Límites que con la actual redacción

¹²⁵ Siendo fundamento del nombramiento de administradores la confianza de los socios es un principio básico que «podrán ser separados en cualquier momento por la junta general, aún cuando la separación no conste en el orden del día». Ver las resoluciones de la DGSJFP de 28 de julio de 2021, ya mencionada, (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2021, págs. 96808 a 96823) y de 8 de septiembre de 2021 (BOE núm. 249, de 18 de octubre de 2021, págs. 126845 a 126853).

del art. 3 CDFA¹²⁶ son, además de la CE, las «normas imperativas de Derecho aragonés»¹²⁷. La LSC no es una norma aragonesa, aunque sí imperativa en Aragón por carecer de competencias legislativas el legislador foral. En mi opinión, la norma societaria prevalece y no pueden incorporarse previsiones sucesorias que vulneren el art. 223 LSC.

Dependiendo de la estructura accionarial, hay una forma indirecta de alcanzar dicho objetivo incluyendo las oportunas previsiones en cuanto al ejercicio del derecho de voto, por ejemplo, concediéndolo al cónyuge supérstite como usufructuario o estableciendo mayorías cualificadas.

IV.5. Otros supuestos de desigualdad de derechos

Además de los supuestos ya mencionados, el mecanismo de creación de participaciones o acciones «desiguales» en derechos al amparo del arts. 94 LSC y 122 y 184 RRM, puede ser muy útil en algunas sociedades. Recordemos que la Ley impone la igualdad de trato únicamente «a los socios que se encuentren en condiciones idénticas» (art. 97 LSC).

Me he referido ya a la prohibición de que el privilegio consista en el derecho a percibir intereses o suponga alterar directa o indirectamente la proporcionalidad entre el nominal y el derecho de preferencia en la emisión de acciones y en la creación de participaciones (art. 96 LSC).

Adicionalmente, en las sociedades anónimas no cabe alterar tampoco la proporcionalidad con el derecho de voto (art. 96.2 LSC). Privilegio que sí es posible en el caso de las sociedades limitadas en las que se permite crear participaciones con voto plural para todos o sólo para determinados acuerdos (art. 188.1 LSC). Este privilegio permitiría que determinados socios tengan más poder político que el que les correspondería por su participación económica para decidir, por ejemplo, sobre la disposición de determinados bienes y derechos, como puede ser la casa familiar, otros inmuebles relevantes, una colección de arte, etc.

Además de los privilegios económicos típicos referentes a la distribución de beneficios y reservas, también pueden incorporarse otros derechos de contenido económico, como puede ser el uso y disfrute de determinados bienes de

¹²⁶ En su redacción originaria del art. 3 se refería a «a norma imperativa aplicable en Aragón».

¹²⁷ Sobre la correcta interpretación del vigente art. 3 CDFA, ver *Mito y realidad en el standum est chartae*, JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, op. cit., págs. 125 y ss.

la sociedad o que ésta le preste determinados servicios. Cuestión distinta es el tratamiento tributario que puedan tener estas percepciones.

Remito al análisis de las acciones o participaciones con dividendo preferente o privilegiado que puede utilizarse para mejorar la retribución de determinados socios, como premio por su actuación, pero también como medida de protección económica, por ejemplo, para conceder un ingreso extra a los progenitores ya jubilados o a determinados miembros de la familia especialmente vulnerables (arts. 95 y 275 LSC y 184.2.º RRM).

Dentro de esta categoría pueden encuadrarse las acciones o participaciones que conceden «ventajas» a los fundadores o promotores de la empresa o patrimonio familiar.

En el caso de sociedades anónimas (arts. 27 LSC y 128 RRM), dichas ventajas pueden consistir en la atribución del derecho a percibir un dividendo superior u otros derechos de contenido económico. El límite cuantitativo es que no pueden superar el diez por ciento de los beneficios netos del ejercicio deducida la parte que debe destinarse a reserva legal¹²⁸. El plazo máximo se fija en diez años.

Los estatutos deben regular también el «sistema de liquidación para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales» (art. 27.1 LSC), que además requerirá la mayoría reforzada prevista en los propios estatutos y, en su defecto, en el art. 201 LSC.

En mi opinión, este privilegio no sólo puede incorporarse a los estatutos en la constitución de la sociedad, sino en cualquier momento posterior. Por ello el plazo de diez años puede computar, por ejemplo, desde la jubilación del fundador o desde que se produce la incapacidad, siempre que se obtenga la mayoría reforzada estatutaria o legal que requiere una modificación estatutaria.

IV.6. El derecho de usufructo en el ámbito societario

El usufructo de viudedad, también en su versión de derecho expectante, es una de las instituciones emblemáticas de nuestro Derecho foral como revela la prolija regulación de la misma en el Código foral (arts. 271 a 302). Aunque nace con el matrimonio (art. 271 CDFA), su virtualidad sucesoria es clara ya que per-

¹²⁸ El art 274 LSC obliga a destinar el 10% del beneficio del ejercicio a reserva legal hasta que está alcance, al menos, el 20% del capital social. La Ley 18/2022 de 28 de septiembre impone destinar al menos, el 20% del beneficio a reserva legal a las sociedades con capital inferior a 3.000 €, hasta que capital más reservas alcance dicho importe mínimo.

mite al cónyuge viudo retener los rendimientos económicos, correspondiendo la nuda propiedad a los herederos o legatarios¹²⁹.

Aunque la viudedad en Aragón es un derecho inalienable (arts. 273 y 290 CDFa), se permite que nudo propietario y usufructuario pacten su «transformación, modificación y extinción como estimen oportuno» (art. 291 CDFa), como medida de evitación de conflictos judiciales¹³⁰.

El usufructo de explotaciones económicas privativas se regula en el art. 284 CDFa permitiendo la sustitución por una renta mensual a cargo de los hijos o descendientes, disposición que puede ser reversible por acuerdo entre el cónyuge viudo y el titular de la explotación. En Aragón, es muy habitual la concurrencia de la condición de usufructuario y fiduciario.

En el ámbito societario, es también un instrumento muy útil en negocios jurídicos *inter vivos* para permitir que determinadas personas perciban una asignación económica, con mayor o menor amplitud, con carácter temporal o vitalicio y, en definitiva, disfrutar de los beneficios sociales, sin tener la plena propiedad de las acciones o participaciones.

Como paso a analizar, la regulación societaria contenida en los arts. 127 a 131 LSC no responde al nivel de protección que el legislador foral ha querido dar al cónyuge viudo mediante la institución del usufructo de viudedad. Por ello, es especialmente recomendable una adecuada regulación estatutaria.

Como primera cuestión, el art. 127 LSC remite «*en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario*» al título constitutivo, es decir, en Aragón a los capítulos matrimoniales, al pacto sucesorio o al testamento y, supletoriamente, a la propia Ley y al CC, que en el caso de aragoneses debe entenderse que es nuestro Derecho foral como ley personal¹³¹.

¹²⁹ Un estudio detallado y completo de usufructo de participaciones se encuentra en «Usufructo viudal de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad», Ponente: JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, Coponentes: MARÍA BIESA HERNÁNDEZ y PABLO ESCUDERO RANERA, *Actas de los XVIII encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., págs. 246 y ss. También MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, «La viudedad», *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 511 y ss.

¹³⁰ Recuérdese que el art. 292 CDFa permite a los nudo-propietarios que consideren que «la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan graves perjuicios para ellos», acudir al juez para que adopte medidas que pueden llegar, incluso, a la transformación del usufructo.

¹³¹ Son muy interesantes las reflexiones de PABLO ESCUDERO RANERA, en el punto Límites forales a la libertad de regulación, «Usufructo viudal de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad», Ponente: JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, Coponentes: MARÍA BIESA HERNÁNDEZ y

Sobre la concurrencia de la regulación en el título y en los estatutos, *«la conclusión debiera ser que los estatutos podrán regular soluciones diversas, e incluso el testamento o el pacto sucesorio tendrían que poder hacerlo igualmente, salvo en los casos en los que se afectan intereses de terceros -dividendos pasivos, por ejemplo-, y con preferencia -intersocios o frente a terceros- de la disposición estatutaria sobre la previsión sucesoria -que se aplicará a la relación entre el nudo propietario y el usufructuario-, ya que el estatuto es el que concede el régimen de la acción o participación, cuya naturaleza viene definida por éste, y el causante no puede disponer de un derecho distinto del que tiene»*¹³².

Al diseñar estas cláusulas estatutarias, además de las circunstancias de la familia o grupo vinculado a la sociedad, es importante prever que puede darse una situación de falta de sintonía futura, incluso de verdadero conflicto, entre el usufructuario y el nudo propietario que puede generar gran complejidad en la vida societaria, situación que pretende evitar el art. 292 CDFA¹³³.

Como no podía ser de otro modo, el ámbito de libertad de regulación estatutaria es también amplio. La LSC se limita a conceder al usufructuario el derecho al dividendo, atribuyendo el ejercicio de «los demás derechos de socio (...) al nudo propietario», pero todo ello salvo que en estatutos se incorpore otra regulación¹³⁴.

PABLO ESCUDERO RANERA, *Actas de los XVIII encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, págs. 263 y ss.

¹³² En tal sentido se pronuncia PABLO ESCUDERO RANERA en «Usufructo vitalicio de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad», *Actas de los XVIII encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, pág. 254, obra ya mencionada en la nota anterior.

¹³³ Precisamente en un conflicto familiar entre el padre usufructuario y los hijos nudo propietarios la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 701/2022, de 25 de octubre de 2022 (CENDOJ 28079110012022100703), anula un acuerdo social de modificación de estatutos por contrario a ley al ser adoptado en perjuicio de tercero, en concreto de los derechos que correspondían al padre como usufructuario, con fundamento en la prohibición de abuso de derecho prevista en el art. 7 CC.

¹³⁴ Acertadamente señala PABLO ESCUDERO RANERA, *«La política de dividendo, debería contemplarse en dos sentidos antagónicos: un dividendo mínimo -supeditado, por supuesto, a la consecución del beneficio necesario para su reparto- que garantice una rentabilidad para el viudo, y, por tanto, la obtención del fin para el que fue instituido; pero, también, un dividendo máximo, de forma que, el exceso, sea atribuido al nudo propietario o, alternativamente, destinado a reservas. Obviamente será preciso el consentimiento previo del viudo»*, en «Usufructo vitalicio de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad», Ponente: JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, Coponentes: MARÍA BIESA HERNÁNDEZ y PABLO ESCUDERO RANERA, *Actas de los XVIII encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, págs. 259 y 260.

La práctica notarial en Aragón pronto diseñó una fórmula estatutaria coherente con nuestra legislación foral de modo que, en el caso en que el usufructuario fuera el cónyuge viudo, le otorgaba de forma exclusiva y excluyente el ejercicio de todos los derechos de socio, incluido el de voto. Pero esta fórmula puede no ser siempre la idónea o coincidir con la voluntad del cónyuge fallecido.

Además de los derechos del socio que el art. 93 LSC contempla como «mínimos» (participación en resultados y en el patrimonio resultante de la liquidación, asunción preferente, asistencia y participación en las juntas, voto, impugnación e información), a lo largo de la Ley se regulan otros derechos como la solicitud de asistencia de notario a la junta (art. 203), de nombramiento de auditor de cuentas (art. 265.2 LSC) o la incorporación al consejo de administración por el sistema de representación proporcional en el caso de sociedades anónimas (art. 243 LSC), que hay que plantearse quién los debe ejercitar a falta de una fórmula general como la antes indicada.

Parece razonable entender que, si se concede al usufructuario el derecho de voto¹³⁵, debe disponer de los demás derechos complementarios o instrumentales (información o solicitud de acta notarial), pero tal interpretación no parece encajar dada la rotundidad con la que se pronuncia el art. 127.1 LSC al establecer que, «salvo disposición contraria en los estatutos, *el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario*».

Por ello, una regulación estatutaria clara sobre la atribución de concretos derechos al usufructuario o al nudo propietario, despejará posibles interpretaciones y, por tanto, evitará conflictos societarios.

En el marco de la planificación sucesoria no veo problema en incluir una previsión estatutaria por la que, aún manteniendo el usufructo del cónyuge viudo, se concediera el derecho de voto y los demás derechos instrumentales al nudo propietario a partir de que alcance determinada edad considerada de madurez, siempre que se identifique de forma clara en el precepto. Tampoco veo obstáculo jurídico en discriminar acuerdos en los que se atribuye a uno u otro el derecho de voto en atención al contenido del mismo y a los intereses implicados. Aunque sea atípico, no hay ningún precepto legal que lo impida y tiene una clara justificación,

¹³⁵ Como recuerda ANTONIO B. PERDICES, «El usufructo de acciones y participaciones vinculadas». *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, op. cit., pág. 336, si en el título constitutivo se establece que le corresponde el derecho de voto al usufructuario, aunque no se prevea en los estatutos, el nudo propietario deberá otorgarle la oportuna representación o, -añadimos,- votar en el sentido que el usufructuario le indique.

más allá del propio principio de libertad de pacto que reconoce nuestro Derecho foral.

En efecto, disponer del derecho de voto es fundamental para el usufructuario cuando se debate sobre la aplicación del resultado (art. 273 LSC), ya que sólo le corresponden los dividendos «acordados» por la junta, único órgano competente *ex art. 160.a) LSC* para adoptar dicho acuerdo¹³⁶. En coherencia, debería poder instar también la impugnación¹³⁷ del acuerdo de no repartir dividendos, actuación procesal que sólo es viable, a mi juicio, si los estatutos le atribuyen con total claridad esta facultad. En otro caso pueden plantearse problemas procesales de legitimación activa dada la taxativa redacción del art. 127.1 LSC atribuyendo al nudo propietario el ejercicio de los demás derechos de socio, salvo disposición estatutaria en contrario.

Sin embargo, no veo viable la atribución al usufructuario de derechos como el de separación por no reparto de dividendos previsto en el art. 348 bis LSC, ya que supone la pérdida de la condición de socio, acto sin retorno, que no puede decidir el usufructuario sin el consenso del nudo propietario¹³⁸. El art. 290.2 CDFA prevé la enajenación de la plena propiedad, «*concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario*», produciéndose, salvo pacto en contrario como permite el art. 291 CDFA, la subrogación en el precio obtenido, en este caso, por la separación.

Salvo que en el título constitutivo del usufructo y en los estatutos se disponga otra cosa, en el caso de aumento de capital, así como en la emisión de obligaciones convertibles en una sociedad anónima, el art. 129 LSC reconoce al usufructuario el derecho de suscripción para que no vea perjudicado su derecho si el nudo propietario no ha ejercitado su derecho de suscripción o asunción preferente o vendido los correspondientes derechos diez días antes de finalizar el plazo para el ejercicio. El usufructo se extenderá a las participaciones o acciones cuyo desembolso pueda llevarse a efecto con el valor teórico-contable total de

¹³⁶ Obviamente, respetando los límites establecidos en el art. 273.2 y 3 LSC y, en los propios estatutos.

¹³⁷ Se regula en los arts. 204 y ss. LSC y tras reforma operada en el 2014 por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, además de haberse limitado los supuestos, se requiere ser titular de un 1% del capital social.

¹³⁸ A efectos del ejercicio de este derecho el precepto exige «*hacer constar en el acta la protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos (...)*», previsión que parece lógico entender que se atribuya a quien ostente el derecho de voto de modo que se ejercite en coherencia. En todo caso, esta necesaria manifestación en junta, no determina la separación que puede ejercitarse o no en el plazo de un mes.

los derechos. El resto de las acciones o participaciones corresponderá a aquél que realizó el desembolso en plena propiedad.

Si fuera el usufructuario quien adquiere las acciones o participaciones en plena propiedad, obviamente, se le aplicarían las normas estatutarias sobre quién puede tener la condición de socio que ya he comentado en apartados precedentes.

En caso de enajenación de derechos de suscripción o asunción preferente, el usufructo se extiende al importe obtenido, así como a las acciones o participaciones emitidas o creadas con cargo a reservas.

Corresponde también al nudo propietario el desembolso de dividendos pasivos de acciones (art. 130 LSC), pero podrá exigir al usufructuario el interés legal del importe invertido hasta el límite de los beneficios obtenidos. El usufructuario podrá realizar el desembolso pendiente si no lo hiciera el nudo propietario cinco días antes del vencimiento del plazo fijado al efecto. En tal caso, podrá solicitar al nudo propietario el reembolso de las cantidades abonadas «*al terminar el usufructo*», previsión que, en mi opinión, puede ser perjudicial para el cónyuge viudo y que puede alterarse en el título constitutivo, de modo que pueda reclamarse tan pronto se haya satisfecho por el usufructuario.

Otra cuestión que interesa regular en el título constitutivo del usufructo por afectar, fundamentalmente, a las relaciones internas, es el régimen aplicable a la posible compensación por incremento del valor de las participaciones o acciones objeto de usufructo, en caso de extinción, sea por causa legal (art. 301 CDFA), o bien, por haberse incluido causas expresas de extinción en el propio título¹³⁹.

El art. 293 CDFA establece que «a la extinción del usufructo, la liquidación de frutos naturales, industriales y civiles obtenidos durante el correspondiente periodo productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla se aplicará en cuanto a los gastos de producción».

La LSC se limita a señalar que el usufructuario «podrá» exigir el incremento de valor, salvo exclusión de esta facultad en el título constitutivo o en los propios

¹³⁹ Es muy interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao nº 461/2022, de 26 de abril de 2022 (CENDOJ 48020370042022100350) en la que se analiza cómo debe calcularse esta compensación del nudo propietario al usufructuario y, en concreto, si deben considerarse los créditos fiscales activados. Concluye que dichos créditos son partidas contingentes y meramente contables, no exigibles y sólo compensables con beneficios fiscales futuros que dependen del resultado futuro del negocio y también de la legislación fiscal aplicable en cada momento. Por tanto, no puede sostenerse que son «beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo».

estatutos. Repárese que este precepto se refiere a los «*beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas*». Es decir, el incremento de valor reflejado en los fondos propios por la actividad o negocio «ordinario», luego se excluirán aquellos que tengan origen en operaciones extraordinarias, por ejemplo, por la venta por la sociedad de un inmueble u otros ingresos atípicos ajenos a la actividad habitual de la sociedad. Se discute también si deben tener tal consideración los rendimientos financieros de inversiones de excedentes de tesorería generados por la actividad. En muchas ocasiones, dichas inversiones se utilizan como garantía para obtener financiación y el origen de los fondos es la actividad ordinaria¹⁴⁰. Esta sí es una cuestión que conviene regular no sólo en el título constitutivo, sino también en los estatutos. Piénsese en una sociedad que tiene como patrimonio inmobiliario las antiguas instalaciones fabriles que por el desarrollo urbanístico han quedado ubicadas en zona urbana y son recalificadas con el consiguiente incremento exponencial de su valor de mercado. El producto obtenido por su venta sería un resultado extraordinario y, salvo previsión expresa en estatutos, con la normativa vigente, se vería privado del mismo el cónyuge viudo usufructuario, situación muy probablemente no querida por el cónyuge fallecido y muy contraria a la protección que nuestro Derecho foral ha querido dar a esta institución.

En caso de disolución y liquidación de la sociedad, también puede exigirse por el usufructuario la parte de la cuota de liquidación que corresponda al incremento de valor de las participaciones o acciones objeto de usufructo, extendiéndose el usufructo al resto de cuota de liquidación (art. 128.2, 3 y 4 LSC). Como luego analizaré, esta cuota puede abonarse mediante la entrega de los bienes aportados en su día, a los que se extendería el usufructo.

La regla legal es que, en defecto de acuerdo entre nudo propietario y usufructuario sobre la compensación que correspondería a éste en los dos supuestos mencionados, puede determinarse por experto independiente designado por el Registrador Mercantil a petición de cualquiera de las partes. Experto que no puede ser el propio auditor de la sociedad por independencia. De nuevo aquí es

¹⁴⁰ Esta cuestión se planteó en relación con el derecho de separación por falta de reparto de dividendos regulada en el art. 348 bis LSC, cuya redacción inicial se refería a «beneficios propios de la explotación del objeto social» según redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto. Finalmente se optó por eliminar toda mención al tipo de beneficios dados los problemas prácticos que planteaba discernir unos y otros.

muy conveniente establecer reglas de valoración, sobre designación del experto, forma de pago, etc. Además, es coherente con la libertad que promueve nuestro Derecho foral en el art. 291 CDFA.

La Ley contempla en su art. 131 que estas compensaciones previstas por extinción del usufructo puedan abonarse en especie, es decir, en acciones o participaciones de la misma clase valoradas según el último balance aprobado por la junta, que puede ser el correspondiente a las últimas cuentas aprobadas, pero también otro diferente preparado *ad hoc* o con ocasión de otra operación societaria.

En el caso de usufructo sobre acciones, también cabe esta opción de pago en especie de las compensaciones que procedan en virtud de lo dispuesto en los arts. 129 y 130 LSC. No así en el caso que recaiga sobre participaciones, supuesto en el que se exige el abono en dinero de la compensación, siempre salvo acuerdo o disposición en contrario en el título constitutivo (art. 131 LSC).

Como ya he señalado, la posición de la DGSJFP ha sido flexible en la inscripción de cláusulas estatutarias, si bien diferenciando claramente las relaciones internas y las externas. Así la resolución de 19 febrero 1998 consideró que *«el contenido del usufructo, en las relaciones «inter-partes» no puede ser regulado por los Estatutos sociales (...)*». Por su parte, la resolución de 13 de junio de 1994 se refería al *«doble ámbito de relaciones jurídicas: a) El de las llamadas externas, las que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio, que por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad pueden ser reguladas en sus Estatutos dentro del [derecho] de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que en torno a ello pudiera contener el título constitutivo del usufructo; b) Y, frente a él, el de las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca ese título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo totalmente ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los Estatutos»¹⁴¹.*

Mi recomendación es incluir en los estatutos una regulación amplia para evitar problemas societarios futuros.

¹⁴¹ Citadas en «Usufructo vidual de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad», Ponente: JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, Coponentes: MARÍA BIESA HERNÁNDEZ y PABLO ESCUDERO RANERA, *Actas de los XVIII encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., pág. 255.

IV.7. Pignoración de acciones y participaciones

El art. 132 LSC se limita a decir que el ejercicio de los derechos de socio corresponde al socio pignorante, pero, de nuevo, «salvo disposición contraria de los estatutos»¹⁴².

Ya hemos visto que en los negocios familiares se suele prohibir utilizar las acciones o participaciones en garantía frente a terceros, incluyéndose como prestación accesoria o bien mediante pacto parasocietario la prohibición expresa. La resolución de 31 de julio de 2018 de la hoy DGSJFP¹⁴³ considera inscribible una cláusula estatutaria en la que se dispone que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada «no podrán constituir derechos reales sobre sus participaciones sociales, ni utilizarlas de otro modo como garantía o para cualquier otro objeto que pudiera dar como resultado una transmisión de dichas participaciones. No se inscribirán derechos reales sobre las participaciones sociales en el libro registro de socios», por considerar que es una medida protectora del carácter cerrado de la sociedad, aceptada por todos los socios.

Sin embargo, puede pensarse en operaciones en las que sea necesario arbitrar estas garantías, por ejemplo, en el caso de otorgamiento de un préstamo por un socio o familiar a otro miembro de la familia¹⁴⁴. En estos casos interesa que sea el acreedor pignoraticio quien conserve algunos derechos que para la conservación de su garantía pueden ser relevantes, por ejemplo, el de voto, al menos, sobre determinados acuerdos que puedan afectar al valor de la prenda.

Tampoco hay problema, a mi juicio, en incluir en estatutos un régimen distinto si el acreedor es un tercero, un socio o un familiar. Resulta obvio que si el acreedor es alguien ajeno al grupo familiar, interesa que el poder político lo mantenga el miembro de la familia.

Debemos recordar que el art. 143.1 LSC prohíbe que la sociedad limitada acepte «en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que

¹⁴² ANTONIO B. PERDICES, «La constitución de prenda sobre acciones y participaciones vinculadas». *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, op. cit., págs. 339 y ss.

¹⁴³ BOE núm. 223, de 14 de septiembre de 2018, págs. 89379 a 89386.

¹⁴⁴ Si otorga el préstamo la sociedad, la finalidad del préstamo no podrá ser la adquisición de acciones o participaciones propias o de la sociedad dominante por constituir asistencia financiera prohibida conforme a lo dispuesto en los arts. 143 y 150 LSC. Además, la concesión de préstamos, anticipos, garantías o asistencia financiera a socios y administradores de sociedades limitadas requiere acuerdo de junta general «para cada caso concreto» (art. 162 LSC).

pertenezca». Sin embargo, en el caso de sociedades anónimas el art. 149.1 LSC lo permite «dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición» de acciones regulada en los arts. 144 y ss. LSC. Como no puede ser de otro modo, se excluyen las operaciones que puedan realizar los bancos y entidades de crédito en el marco de su actividad ordinaria.

IV.8. Cuestiones referentes a la junta general

IV.8.1. Asistencia, representación y voto

La junta como órgano deliberante en el que los socios encuentran su ámbito propio de actuación societaria, genera situaciones y cuestiones que pueden requerir una regulación estatutaria propia desde la perspectiva de nuestro Derecho foral.

En principio la asistencia a la junta se configura como un derecho exclusivo del socio (arts. 93.c) y 179.1 LSC). La presencia de terceros o acompañantes dependerá del presidente, siempre que la propia junta no revoque su decisión por acuerdo mayoritario, salvo que estatutariamente se prevea otra cosa (art. 181 LSC)¹⁴⁵.

Ya me he referido a los posibles problemas que puede suscitar en el ámbito societario la institución de la asistencia para determinados actos del menor mayor de catorce años y del menor emancipado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 27 y ss. y 33 CDFA en función del contenido del orden del día de la junta. Todo ello, salvo que conste su concesión para todos los actos de determinada sociedad como permite el art. 27.3 CDFA.

Por ello, una previsión estatutaria que reconozca el pleno derecho de asistencia a la junta como acompañante de quien deba prestar asistencia, así como el derecho a solicitar cuanta información y aclaraciones considere a efectos de poder dar cumplimiento al deber de «*conocer el acto*» para valorar que es «conforme a sus intereses», como prevé el art. 27.1 CDFA, puede resultar muy útil para evitar que en cada junta pueda quedar a la interpretación del presidente su necesidad o procedencia.

¹⁴⁵ Sólo en las sociedades anónimas se permite que estatutariamente se pueda limitar el derecho de asistencia del accionista exigiendo «respecto de todas las acciones, cualquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social» o la legitimación anticipada (art. 179.2 y 3 LSC). El art. 189 regula la agrupación de acciones

La incorporación de la asistencia telemática a las juntas prevista en los arts. 182 y 182 bis LSC requerirá acreditar también la presencia telemática no sólo del menor que es socio, sino también de quien deba prestarle asistencia. La incorporación a la normativa societaria de estas nuevas tecnologías permitirá que ambos puedan estar en distintos lugares.

Por lo que se refiere a la representación en junta, la normativa societaria es sensible a las diferencias de los tipos societarios anónima y limitada. Así, el art. 183 LSC aplicable a limitadas permite la representación por cónyuges (no por persona con otros vínculos afectivos), ascendientes o descendientes, así como por medio de otro socio o por persona con poder general para administrar todo el patrimonio en territorio nacional. Los estatutos pueden ampliar las opciones de otorgar la representación a otras personas¹⁴⁶. Por su parte, en el caso de sociedades anónimas, el art. 184 LSC es mucho más laxo y permite la representación «por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista», salvo que los estatutos limiten esta facultad. Las limitaciones no operan en el caso de representación familiar o si se trata de persona con poder general de administración de todo el patrimonio en territorio nacional (art. 187 LSC).

Debe recordarse que el art. 107 CDFA regula la designación de administrador voluntario por el donante de bienes a favor de menores o incapacitados a quien se le pueden asignar funciones concretas, por ejemplo, para determinada empresa, correspondiendo en otro caso tales facultades a los padres o al tutor¹⁴⁷. Por ello puede ser conveniente hacer mención estatutaria a estos posibles representantes designados en el título de adquisición de las acciones o participaciones.

Nuestro Derecho foral encomienda la administración de la herencia yacente a quien hubiera designado el causante el título sucesorio y, a falta de designación, *«los llamados como herederos podrán realizar exclusivamente actos posesorios,*

¹⁴⁶ En materia de representación informal resulta muy interesante la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 536/2022, de 5 de julio de 2022 (CENDOJ 28079110012022100526) que en un procedimiento de impugnación, reconoce que la aceptación reiterada en juntas previas de un representante que no reúne las condiciones de parentesco establecidas en el art.183 LSC impide que, sorpresivamente y sin previo aviso, se impida la asistencia y voto del mismo representante, en aplicación del principio de buena fe y confianza legítima.

¹⁴⁷ Sobre esta cuestión ver AURORA LÓPEZ AZCONA, «Comentario al art. 107 CDFA», *Código de Derecho Foral de Aragón*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 244 y 245 y también «Relaciones tutelares», *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Dirección: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ A. SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 215 y ss.

de conservación, vigilancia y administración de la herencia», si bien dichos actos no suponen aceptación de la herencia. Pueden también instar la designación de administración judicial (art. 324.2, 3 y 4 CDFA).

Como ya he señalado, en el caso de fiducia, usufructo o comunidad que continúa tras la disolución, habrá que estar a las normas específicas¹⁴⁸.

En mi opinión, puede ser muy recomendable introducir en estatutos mención a la representación de la herencia yacente, por supuesto, sin vulnerar lo dispuesto en la normativa foral, incluso por remisión a ésta, para que la sociedad pueda seguir adoptando acuerdos, en especial aquéllos necesarios para su funcionamiento como puede ser la aprobación de cuentas o el nombramiento de administradores. A ello se refiere el art. 188.5 RRM al indicar que «los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria, si así fue establecido en el título sucesorio». La resolución de la DGSJFP de 14 de abril de 2021 ya citada se refiere a «la lícita autorregulación de sus propios intereses especialmente en relación con la sucesión de la empresa familiar (...)» y, por ello, se permite «al causante titular *de las participaciones designar en el título sucesorio un representante único de todos los integrantes de la comunidad hereditaria para facilitar el ejercicio de los derechos de socios, en tanto no se realice la partición y adjudicación de participaciones a un heredero*»¹⁴⁹.

En nuestro ordenamiento la representación de la herencia yacente corresponde a quien haya designado el causante y, en su defecto, puede solicitarse un administrador judicial (art. 324 CDFA). Pero es muy habitual, y más en el caso de empresas familiares, que en el testamento o pacto sucesorio se regule esta cuestión, designando quién debe administrar las acciones o participaciones, incluso más allá de la mayoría de edad de los herederos o legatarios hasta que alcancen la edad que el testador o los firmantes del pacto consideren una edad de madurez suficiente. Podría incluso indicarse qué heredero asumirá la representación de la

¹⁴⁸ Sobre esta cuestión, ver JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *Código del Derecho Foral de Aragón*, Director: JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., pág.432. También, JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, «Disolución del consorcio conyugal y comunidad que continúa tras la disolución», en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, El Justicia de Aragón, 2020, op. cit., pág.472.

¹⁴⁹ Con referencia al preámbulo del Real Decreto, 171/2007, de 9 de febrero que introdujo esta modificación reglamentaria.

herencia yacente (el de mayor edad, el que ya tuviera participación en la sociedad, etc.).

Otra situación común en la práctica, aunque no recomendable por su posible conflictividad, es que tras la sucesión se produzca una situación de copropiedad de acciones o participaciones. El art. 126 LSC exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio». Nada obsta a que en el título hereditario se indique quien será el representante o bien que se establezca su modo de designación. No hay inconveniente tampoco en incluir en los estatutos que, a falta de designación en el título sucesorio o por acuerdo de los cotitulares, ejercerá determinada persona la representación.

Resulta muy interesante la resolución de la DGSJFP de 10 de diciembre de 2020¹⁵⁰, que admite que el representante de la comunidad hereditaria designado a efectos de lo dispuesto en el art. 126 LSC pueda ser también designado consejero por cooptación *ex art. 244 LSC* en representación de la comunidad, aunque no sea socio en dicho momento por falta de adjudicación de la herencia, en aras de favorecer el funcionamiento de los órganos sociales. En concreto, entiende que *«debe admitirse también la aplicación del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, contemplando la comunidad hereditaria a través del prisma de la unificación subjetiva del ejercicio de los derechos de socio. Y en el acta se expresa que se nombra a la señora H., no «uti singuli», sino «en representación de la comunidad hereditaria de su fallecido padre» (...)»*.

Es en el ejercicio del derecho de voto (art. 188 LSC) donde la asistencia a menores puede tener especial relevancia. Como ya he anticipado, su necesidad va a depender del concreto contenido del acuerdo que se somete a votación, lo cual exige un análisis previo del orden del día y de la información referente al acuerdo, también por quien deba prestar asistencia como ya he mencionado. En el caso de oposición de intereses entre el menor y quien deba asistirle, serán de aplicación las reglas previstas en el art. 28 CDF¹⁵¹.

¹⁵⁰ BOE núm. 338, de 28 de diciembre de 2020, págs. 121022 a 121030.

¹⁵¹ Este precepto establece: *«1.- Cuando entre el menor y quienes hayan de prestarle la asistencia exista oposición de intereses en algún asunto: a) Si es por parte de uno solo de los padres o tutores, la asistencia será prestada por el otro, a no ser que en la delación de la tutela se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso. b) Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, así como si es por parte de ambos padres o tutores, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial. c) Si es por parte del administrador voluntario, la asistencia será prestada por uno cualquiera de los padres o el tutor.*
2. Cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser asistidos por

Se suscita el problema de qué sucede si, siendo necesaria, no se presta la asistencia y se adopta el acuerdo con el voto del menor no asistido. El art. 27.2 CDFA dice que la asistencia podrá ser «previa o simultánea al acto». Es decir, deberá comunicarse al órgano de administración la posición de quien deba prestarla antes de la junta o bien producirse durante la celebración de ésta. Posteriormente, cabe la confirmación (art. 29 CDFA), lo cual podría parecer que no tiene mucho sentido en el ámbito societario dado que rige la adopción de acuerdos por mayoría, pero serviría para dar seguridad a la firmeza de los acuerdos, si el socio menor no asistido fuera el único posible impugnante. Además, recordemos que los acuerdos podrán ejecutarse desde la aprobación del acta (art. 202.3 LSC).

La solución de nuestro Derecho foral es la anulabilidad del acto que puede instarse bien por «el llamado a prestar la asistencia omitida», o por el propio menor, en los términos que dispone el art. 29 CDFA¹⁵². El plazo de prescripción es de cuatro años desde que hubiera podido realizarse el acto sin asistencia.

Desde la perspectiva societaria, desaparecida la distinción entre acuerdos nulos o anulables¹⁵³, la anulación del voto prestado sin asistencia, siendo necesaria, sólo tendría sentido si el voto del menor ha sido determinante en la adopción del acuerdo. De hecho, el art. 204.3.c) y d) LSC, aunque no son los mismos supuestos, entiende que no procede la impugnación basada en «la participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano» o bien por «*la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible*».

La caducidad de la acción de impugnación se produce transcurrido el plazo de un año desde la adopción del acuerdo o desde su oponibilidad en caso de acuerdos inscribibles (arts. 205 LSC y 9 RRM). En mi opinión, transcurrido este plazo el acuerdo societario devendría inatacable.

la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial».

¹⁵² MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, «La capacidad de las personas», Manual de Derecho Foral Aragonés, Coordinadores: MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, op. cit., págs. 143 y ss.

¹⁵³ La reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, modificó sustancialmente la materia de nulidad e impugnación de acuerdos sociales.

Para finalizar, aunque he analizado ya los problemas societarios que suscita el nombramiento como administrador del menor emancipado, en este apartado se debe recordar que el art. 180 LSC impone a los administradores el deber de asistir a la junta, aunque es cierto que su inasistencia no afecta a la válida constitución de la misma ni es motivo de nulidad. Como tal le puede corresponder también convocarla (art. 166 LSC), presidirla o actuar como secretario (art. 191 LSC).

IV.8.2. Posible extensión estatutaria de las competencias de la junta para la protección de determinados bienes

El art. 160 LSC establece los asuntos que son competencia de la junta general incluyendo también «*cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*». Estas cláusulas estatutarias suponen la atribución a la junta de competencias propias del órgano de administración, no de mera impartición de instrucciones en los asuntos de gestión como también permite el art. 161 LSC¹⁵⁴.

Así, en función de la composición del patrimonio societario puede interesar que determinados negocios jurídicos de disposición o gravamen sobre bienes o derechos especialmente relevantes para el patrimonio familiar se reserven a la junta, aunque su valor no sea superior al 25% del activo total según el último balance aprobado como impone el art. 160 f) LSC para los denominados «*activos esenciales*». De esta forma se asegura que deberá decidir la junta, no el órgano de administración. En mi opinión, un acto de disposición con omisión del acuerdo de la junta debería reputarse nulo por vulneración de norma imperativa, pero también porque este precepto establece una atribución específica de competencia a la junta por Ley o estatutos. Por tanto, el órgano de administración carece de facultades, como tampoco las tiene para realizar los demás actos previstos en el art. 160 LSC (aprobar cuentas, modificar estatutos o nombrar administradores). Sin embargo, la DGSJFP en su resolución de 19 de julio de 2021¹⁵⁵, sin perjuicio de reconocer que «no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores (artículos 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el artículo 161. Cfr.(...) toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquéllos»,

¹⁵⁴ Llamo la atención sobre el hecho de que en este caso se requiere «*disposición contraria de los Estatutos*», entendiéndose en otro caso que «*la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dichos órganos de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234*».

¹⁵⁵ BOE núm.181, de 30 de julio de 2021, págs. 92566 a 92572.

considera que «no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave». Tesis de la que discrepo porque siendo una cuestión competencial, no de objeto social, no puede darse el mismo tratamiento.

Como complemento se pueden establecer en los estatutos mayorías reforzadas ¹⁵⁶ o, en el caso de sociedades limitadas, también cabe la opción de otorgar voto plural para estos acuerdos, por ejemplo, a los socios fundadores, como mecanismo para asegurar el control sobre determinados bienes o derechos (arts. 198 a 201 LSC).

IV.9. Previsiones estatutarias en relación con el órgano de administración

IV.9.1. Sistema de administración

El órgano de administración de la sociedad, como órgano de gestión, tiene especial importancia en cualquier sociedad y, más quizás, en las de carácter familiar.

Más allá de la decisión entre una gestión sólo profesional, familiar o combinada, cuestión muy vinculada al tipo y tamaño de la empresa, pensando en las sociedades familiares que gestionan su patrimonio como versión mercantil de la casa aragonesa, la presencia de familiares en el órgano de administración suele ser lo habitual.

Generalmente, al inicio de la actividad empresarial es habitual que la administración se encomiende al fundador, en ocasiones, también a su cónyuge, optándose por el sistema de administrador único, administración solidaria o mancomunada. Posteriormente, se opta a menudo por la fórmula de consejo de administración para incorporar a descendientes. Estatutariamente es recomendable introducir las distintas alternativas para evitar modificaciones estatutarias posteriores como permite el art. 210.3 LSC¹⁵⁷, salvo que interese que el concreto modo de administración no pueda modificarse por mayoría simple.

¹⁵⁶ Por excepción, la nueva normativa concursal establece supuestos en los que no se aplican los quórum y mayorías reforzados sean estatutarios o legales (art. 631.1.4º TRLC sobre la aprobación del plan de reestructuración y de los actos en ejecución del mismo).

¹⁵⁷ La resolución de la DGSJFP de 28 de marzo de 2022 (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2022, págs. 53437 a 53447) ha zanjado la cuestión de si en las sociedades limitadas se puede incluir en los estatutos el sistema de representación proporcional regulado en el art. 243 LSC sólo para las sociedades anónimas. Y ello, tanto en aplicación de libertad de pacto estatutario, como por suponer una medida de protección al minoritario no prohibida por la Ley, aunque no se regule expresamente en la LSC. Por tanto, debe entenderse no aplicable el art. 191 RRM por ser norma de rango inferior que ha sido derogada por la vigente Ley.

Es posible también establecer en los estatutos un comité consultivo u otros órganos con función «*meramente honorífica*» (consejo o comité familiar, muy habitual en este tipo de empresas). Se regula en los arts. 124.2.d) y 185.3.d) RRM, respectivamente, para anónimas y limitadas¹⁵⁸.

Conviene recordar que el art. 214.2 LSC permite incluir en estatutos «las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación», remitiendo a falta de pacto estatutario al acuerdo de la junta. Nada obsta para prever que, en el caso de que fueran los administradores el cónyuge u otros familiares, queden expresamente relevados de prestar garantía. En el caso de que el cónyuge viudo usufructuario sea también administrador social, puede coordinarse con el art. 285 CDFA, que establece cuándo debe prestar fianza¹⁵⁹. También en el supuesto de prestación de fianza por los padres que administran bienes de los hijos, entre los que pueden encontrarse las acciones o participaciones de una empresa heredada del abuelo (arts. 95.2 y 98 CDFA) o en las relaciones tutelares (arts. 104.1 y 140 CDFA).

IV.9.2. La figura del administrador suplente

La figura del administrador suplente, infrautilizada en la práctica, puede ser muy útil en las empresas familiares, en especial, si hay hijos menores o personas discapacitadas.

La regulación se encuentra en el art. 216 LSC, que permite el nombramiento de suplentes «para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos». El mecanismo es que la junta nombre nominalmente a una o varias personas y, producido el cese, simplemente tienen que aceptar el cargo, procediéndose

¹⁵⁸ Según redacción dada por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, el art. 124.2.d) dispone: «Además, los estatutos podrán crear un comité consultivo. Deberá determinarse en los estatutos sociales si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo, así como su específica denominación en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término «familiar». También podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea *meramente honorífica* e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo». En iguales términos, el art. 185.3.d).

¹⁵⁹ «El cónyuge viudo solamente estará obligado (...) a prestar fianza: a) Cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público. b) Cuando lo exijan los nudos propietarios, salvo disposición contraria del premuerto. c) Cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario». También art. 287 CDFA.

en dicho momento a la inscripción en el Registro Mercantil (art. 147 RRM). El legislador la contempla como una situación transitoria, por ello prevé que la duración del cargo será la misma que corresponda al administrador al que se sule.

Las ventajas de esta figura son innegables porque permite que tome posesión el nuevo administrador y asuma la gestión inmediata de la sociedad alguien de confianza, en especial, ante un fallecimiento o una enfermedad repentinosa que provocan un vacío en la administración, creando una situación compleja de operatividad de la sociedad que puede ser muy perjudicial.

Aunque la LSC no lo exige, es aconsejable contar con el previo consentimiento del designado como suplente para evitar que no acepte el cargo cuando sea necesario. Además, conviene que se nombre a varias personas para su aceptación sucesiva por si llegado el momento el primer designado no puede aceptar el cargo, por ejemplo, por haber fallecido o por estar incurso entonces en causa de incompatibilidad.

Esta figura se asemeja a la que contempla nuestro Derecho foral en el art. 107.4 CDFA, cuando se refiere a la designación de nuevo administrador en caso de cese del designado, «*a falta de sustituto voluntario*». También en la delación de cargo tutelar hecha por uno mismo se prevé la posible designación de sustitutos de quien deba ejercer las funciones tutelares como manifestación del principio *standum est chartae* (arts. 108.1 y 112 CDFA)¹⁶⁰.

IV.10. Reservas estatutarias especiales. Fondo de liquidez

Las reservas son aquellos fondos propios no constitutivos de capital social que provienen de beneficios no distribuidos y que integran el patrimonio social. La única reserva obligatoria es la legal regulada en el art. 274 LSC que obliga a destinar anualmente el 10% del beneficio a su dotación hasta que su importe alcance, al menos, el 20% del capital social¹⁶¹.

Además, los estatutos pueden establecer otras reservas mediante una regulación detallada del porcentaje que se destinará anualmente a dotar las mismas,

¹⁶⁰ La designación de sustitutos no es posible, sin embargo, en los mandatos entre cónyuges del art. 191 CDFA, salvo que se haya otorgado facultad expresa para ello.

¹⁶¹ Por excepción, en el caso de sociedades limitadas constituidas con capital inferior a 3.000 €, el nuevo art. 4.1. LSC (según redacción dada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre) exige que se destine a reserva legal al menos el 20% del beneficio anual hasta que esta reserva más el capital alcancen dicha cifra de 3.000 €.

su destino y las condiciones de disposición. La tipología puede ser muy variada en función del tipo de empresa y de su actividad (renovación tecnológica o de inmovilizado, atención a formación del personal, promoción de determinadas actividades, compra en autocartera, etc.). Desde que se incorporan a los estatutos, son reservas obligatorias y de dotación preferente en la aplicación del resultado del ejercicio, como establece el art. 273.2 LSC.

La decisión sobre la aplicación del resultado del ejercicio y la aplicación a reservas de determinado importe corresponde en exclusiva a la junta (art. 273 LSC). Por tanto, puede acordar con las mayorías estatutarias y, en su defecto, legales, destinar parte del beneficio a reservas voluntarias de libre disposición con las limitaciones que establece la Ley¹⁶².

Entre estas reservas, en las estructuras familiares es útil el denominado «**fondo de liquidez**» cuya finalidad es, precisamente, atender las peticiones de compras de acciones o participaciones que puedan hacer socios en determinados momentos, bien por necesidades puntuales de tesorería o por su voluntad de separación definitiva. Es un complemento idóneo a las cláusulas que incorporan restricciones a la libre transmisibilidad de acciones o participaciones, como medio para evitar que, si los demás socios no pueden adquirirlas, sea la propia sociedad quien las adquiera en autocartera¹⁶³ evitando injerencias de terceros. También previene que determinados socios con más capacidad económica rompan el equilibrio entre ramas familiares.

De nuevo la libertad de regulación es amplísima, pudiendo adaptarse el porcentaje del resultado que se aplica anualmente, posibles excepciones, mayorías, límite máximo y mínimo, etc., en función de la estructura y necesidades del grupo familiar. Es conveniente regular cuándo pueden acogerse los socios a la opción de

¹⁶² El art. 273.2 establece limitaciones: «2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta.

Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.

3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance».

¹⁶³ Obviamente, respetando la normativa societaria sobre adquisición de acciones y participaciones propias (arts. 140 y ss. LSC).

venta a la sociedad («ventanas de salida»), la distribución del porcentaje máximo anual si hay varios solicitantes o las mayorías con las que puede acordarse en determinados ejercicios limitaciones a este derecho, así como el precio, como señala la resolución ya citada de la entonces denominada DGRN de 2 de noviembre de 2010.

IV.11. Dividendo mínimo

Uno de los mecanismos más útiles para evitar conflictos, en especial en el caso de empresas familiares en las que sólo algunos de los componentes trabajan en la empresa recibiendo la correspondiente retribución, es incluir una cláusula estatutaria que obligue al reparto anual de determinado importe del beneficio disponible del ejercicio. Es también muy buen complemento al usufructo viudal a efectos de asegurar que el cónyuge viudo percibirá dividendos anualmente, en especial, si no dispone del derecho de voto.

Es una realidad que los familiares que trabajan en la empresa son menos proclives a la distribución de beneficios dado su interés en que la empresa tenga un patrimonio robusto que facilite su desarrollo y gestión. Desde la perspectiva de los socios no involucrados en la gestión, si no hay reparto de dividendos, la participación se convierte en una inversión que no produce ninguna rentabilidad e, incluso, puede ser gravosa si no se consigue la exención en el impuesto sobre el patrimonio¹⁶⁴.

La regulación en estatutos de la obligación de repartir determinado porcentaje del beneficio anual, con cuantas cautelas y salvedades se consideren oportunas que permitan excepcionar la obligación si lo requiere el interés social, por ejemplo, por necesidades de inversión o de otro tipo, es una medida muy sana para evitar conflictos. Se puede regular también la forma y plazos de pago, respetando el máximo de los doce meses desde la adopción del acuerdo que establece el art. 276.3 LSC.

Igualmente, puede incluirse previsión estatutaria sobre los dividendos a cuenta con los límites y condiciones que establece el art. 277 LSC¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Regulada en Aragón en el apartado Octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio y la Ley 10/2018, de 6 de septiembre, de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de Aragón.

¹⁶⁵ Durante la pandemia se han introducido restricciones a la distribución de dividendos por el art. 5.2. Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, prorrogado por el Real Decreto-ley 30/2020, de

Sin embargo, no cabe pacto estatutario en contra de la obligación de restitución de la percepción de dividendos o anticipos indebidos, cualquiera que sea su causa, «con el interés legal correspondiente», si bien se hace recaer en la propia sociedad la prueba de que «los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla» (art. 278 LSC).

El dividendo mínimo no puede confundirse con el derecho de separación por falta de reparto de dividendos regulado en el art. 348 bis LSC¹⁶⁶, ya que este

29 de septiembre, Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, para las sociedades que se acojan a ERTES en el caso de empresas de más de 50 trabajadores, salvo que se devuelvan las ayudas percibidas.

¹⁶⁶ El art. 348 bis LSC en su redacción vigente establece«1.- Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional undécima, salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse, salvo disposición contraria en los estatutos, el mismo derecho de separación al socio o socia de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el apartado primero, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación. b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso. c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negocia-

precepto no impone a la sociedad un reparto de beneficios obligatorio, lo que sí sucede en el caso del dividendo mínimo, de modo que en este último caso la adopción de un acuerdo social en contra de lo dispuesto en los estatutos sería nulo (art. 204.1 LSC).

Por el contrario, el art. 348 bis LSC concede al socio disidente, si se cumplen todos los requisitos establecidos en dicho precepto, el derecho a instar su separación, pero el acuerdo es plenamente válido y eficaz para todos los socios.

Frente a lo que venía siendo la doctrina jurisprudencial, la reciente y polémica sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023¹⁶⁷ ha abierto la puerta a que, excepcionalmente, los tribunales puedan fijar el concreto porcentaje de beneficio a distribuir con fundamento en la prohibición de abuso de derecho por parte del socio mayoritario y en la ausencia de razonabilidad del acuerdo contrario a la distribución. Aunque es una resolución judicial con circunstancias concurrentes muy especiales, a mi juicio, es una resolución muy discutible -y peligrosa- ya que supone una clara invasión del órgano judicial en las competencias de la junta de difícil encaje en la vigente normativa societaria (arts. 160 y 204 y ss. LSC).

ciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal. e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas».

Aunque se encontraba suspendido en su aplicación hasta el 31 de diciembre de 2020 en virtud del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, no se ha prorrogado la suspensión por el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023, nº 9/2023, (CENDOJ 28079110012023100009), analizada por JUAN DE LA FUENTE, *El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el reparto forzoso del dividendo, 18 años después*, https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/tribunal_supremo_sienta_doctrina_sobre_el_reparto_forzoso_del_dividendo_-_garrigues.pdf y por MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA, *El problema de la insuficiencia de los dividendos. ¿Y si el socio no quiere separarse de la sociedad? Utilidad de los remedios disponibles a la vista de la STS de 11 de enero de 2023*, <https://www.uria.com/es/publicaciones/8308-el-problema-de-la-insuficiencia-de-los-dividendos>.

IV.12. Derecho de separación y exclusión de socios

El derecho de separación es un mecanismo para facilitar que determinado socio reciba parte del patrimonio social mediante una suerte de liquidación parcial anticipada.

La práctica acredita que puede ser cauce idóneo para evitar conflictos societarios. La realidad es que en las sociedades familiares muy cerradas la venta de la participación a terceros es muy complicada, incluso inviable. Es una inversión muy poco líquida.

En el ordenamiento societario el derecho de separación siempre ha tenido carácter excepcional para supuestos en los que hay un cambio sustancial en la sociedad que justifica que los socios disidentes puedan abandonarla¹⁶⁸.

Además, se permite la introducción en estatutos de otras causas de separación regulando «el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio»¹⁶⁹. Incluso cabe la posibilidad de permitir estatutariamente al socio separarse *ad nutum, es decir*, por su mera voluntad unilateral, sin necesidad de alegar causa alguna¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Así resulta del art. 346 LSC que contempla la sustitución o modificación sustancial del objeto social, la prórroga del plazo de duración en las sociedades constituidas a término, la reactivación de la sociedad disuelta o la creación, modificación o extinción anticipada de las prestaciones accesorias, salvo que se prevea en los estatutos. En el caso de sociedades limitadas, se contempla también la modificación del régimen de transmisión de participaciones. La Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles introdujo tres supuestos más: determinadas transformaciones (art. 15), la fusión transfronteriza intracomunitaria (art. 62) y el traslado del domicilio al extranjero (art. 99).

¹⁶⁹ La RDGSJFP de 28 de marzo de 2022 ya citada permite la inclusión como causa de separación de la modificación del precepto estatutario que reconoce la designación de administradores por el sistema de representación proporcional en las sociedades limitadas.

¹⁷⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2011 (nº 796/2011, CENDOJ 28079110012011100798) ya señaló bajo la vigencia de la LSRL 2/1995 que «la admisión de las cláusulas de separación *ad nutum* no supone vulneración de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil (...) dado que se limita a facultar al socio, no ya por el contrato de sociedad, sino por los estatutos, para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida, (...)». La resolución de la entonces DGRN de 2 de noviembre de 2010 (BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2010, págs. 97664 a 97671) señaló ya que «*se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones»*. También resolución de 7 de febrero de 2012 (BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2012, págs. 18388 a 18393), aunque en un supuesto de sociedad profesional cuya Ley reguladora (Ley 2/2007, de 15 de marzo) prevé en su art. 13 la libre separación puesto que la condición de socio profesional es intransmisible (art. 12).

La libertad de pacto estatutario y la posibilidad de adaptación de las causas de separación al concreto grupo societario son muy amplias. Ahora bien, el acuerdo de incorporación, modificación o supresión de estas causas estatutarias requiere unanimidad, por lo que es importante incorporar esta regulación cuando hay sintonía entre los socios (art. 347 LSC)¹⁷¹.

Entre las posibles causas estatutarias es recomendable introducir la pérdida por la sociedad de su carácter familiar, estableciendo el porcentaje máximo de participación que pueden adquirir terceros o, incluso, exigiendo que todo el capital social pertenezca a personas vinculadas. Remito a lo expuesto sobre esta cuestión en apartados previos.

También puede ser causa de separación la discrepancia reiterada de un socio en la adopción de acuerdos que puede acreditarse mediante certificación de los acuerdos de la junta que todo socio tiene derecho a obtener conforme al art. 26 CCom o mediante el acta o actas notariales de las juntas (art. 203 LSC).

Las posibles vías para materializar la efectiva separación pueden ser bien mediante la adquisición en autocartera por la propia sociedad de las participaciones del socio separado¹⁷² o bien mediante un acuerdo de reducción de capital¹⁷³. Como especialidad el art. 358 LSC prevé que, una vez realizado el reembolso, «los administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la junta general, otorgarán inmediatamente escritura pública de reducción de capital». También en el caso de compra en autocartera se faculta a los administradores para otorgar la escritura pública de adquisición de las participaciones o acciones «sin que sea preceptivo el concurso de los socios excluidos o separados» (art. 359 LSC). Esta

¹⁷¹ El art. 204.2 RRM aplicable a limitadas es más exigente al establecer que «*Para inscribir la introducción en los estatutos sociales de una nueva causa de separación o la modificación o la supresión de cualquiera de las estatutarias existentes, será necesario que conste en escritura pública el consentimiento de todos los socios o resulte de modo expreso dicho consentimiento del acta del acuerdo social pertinente, la cual deberá estar firmada por aquéllos*».

¹⁷² La adquisición derivativa de acciones y participaciones propias se regula en los arts. 140 y ss. LSC. En concreto el art. 140.1.d) se refiere como supuesto autorizado «*Cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o participaciones transmitidas mortis causa*». La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, establece en su artículo 10 un régimen especial de autocartera destinada a retribuir a administradores y empleados u otros colaboradores con participaciones propias.

¹⁷³ Con los requisitos exigidos en los arts. 317 y ss. LSC.

disposición que hay que entenderla en el contexto de que es una normativa común para los supuestos de separación y exclusión y no siempre es posible contar con la colaboración del socio afectado.

Al igual que sucede en los demás supuestos de transmisión es muy aconsejable incluir regulación estatutaria sobre la forma de valoración de la participación del socio que se separa y plazo de reembolso. En su defecto, la valoración se realiza por experto independiente designado por el Registro Mercantil, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 353 y ss. LSC.

La LSC regula en los arts. 350 y ss.¹⁷⁴ la exclusión de socios permitiendo también la inclusión de causas estatutarias «*con el consentimiento de todos los socios*». **Unanimidad que también se prevé para su modificación o supresión (art. 351 LSC).**

Es un proceso más complicado que el de venta obligatoria ya analizado. Incluso, si el socio ostenta un porcentaje igual o superior al 25%, se requiere resolución judicial firme (art. 352 LSC).

Separación y exclusión comparten normas de valoración (arts. 353 a 355 LSC), reembolso (art. 356 LSC) y protección de los acreedores (art. 357 LSC).

IV.13. Normas estatutarias sobre la cuota de liquidación

En el Derecho foral hay instituciones que promueven la permanencia o el regreso al patrimonio familiar de determinados bienes por su especial vinculación con la familia a lo largo del tiempo, como el «*derecho de abolorio o de saca*» regulado en los arts. 588 y ss. CDEA¹⁷⁵.

El art. 393 LSC permite incluir en estatutos que, en caso de liquidación, los socios aportantes tendrán derecho preferente a percibir la cuota que les corresponda recibiendo los bienes aportados por ellos a la sociedad bien en su constitución o en posteriores ampliaciones de capital con aportaciones no dinerarias.

¹⁷⁴ Según el art. 350 LSC son causas legales «*La sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia*».

¹⁷⁵ JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, op. cit. y AURORA LÓPEZ AZCONA, en «*EL derecho de abolorio*», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

Puede recaer no sólo sobre inmuebles, sino también sobre bienes muebles y derechos, por ejemplo, (obras de arte, signos distintivos o patentes). En mi opinión, la libertad de pacto permite también configurar este derecho no sólo a favor del aportante sino también a favor otras personas, por ejemplo, sus descendientes o quien al efecto se designe en el título sucesorio, siempre que en ese momento sean también socios los beneficiarios, requisito ineludible para tener derecho a percibir cuota de liquidación.

En este caso se impone a los liquidadores la obligación de enajenar los demás bienes y, si el dinero líquido fuera insuficiente para satisfacer a los acreedores o bien para pagar la cuota de liquidación de los demás socios, el socio beneficiario de este derecho deberá pagar a los demás la diferencia que proceda en dinero.

Como no puede ser de otro modo, se tomará en consideración «*su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división entre los socios del activo resultante*», que puede ser muy distinto al valor de aportación (art. 393.2 LSC).

Este mecanismo de conservación del patrimonio familiar debe configurarse como una opción del socio, no como una obligación.

Como cuestión conexa con la liquidación podemos plantearnos la duda de si el fiduciario dispone de facultades para acordarla. Para abordar la cuestión hay que partir de que la disolución puede producirse por diversas causas.

El art. 360 LSC regula como primer supuesto la disolución de pleno derecho. Se produce si la sociedad se constituyó con un término de duración determinado y llegada dicha fecha no se ha inscrito el acuerdo de prórroga o por transcurso de un año desde que se adoptó el acuerdo de reducción por debajo de mínimo legal sin que se acuerde la transformación, disolución o aumento de capital. En este caso, la disolución se produce *ope legis*, es decir, sin intervención alguna de los socios y tampoco del fiduciario.

El segundo supuesto es el de concurrencia de alguna de las causas legales de disolución previstas en el art. 363 LSC (inactividad por plazo de un año, conclusión del objeto para el que fue constituida la sociedad, imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, paralización de órganos sociales, pérdidas que dejen reducido el neto patrimonial a una cifra inferior a la mitad del capital social¹⁷⁶

¹⁷⁶ El Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad amplía la denominada moratoria societaria o contable, estableciendo que no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y

reducción de capital por debajo de mínimo legal, en el caso de que las acciones sin voto superen la mitad del capital social desembolsado u otras causas reguladas en los estatutos). En estos casos debe adoptarse el acuerdo de disolución y el fiduciario deberá votar (o abstenerse), ya que la disolución requiere un acuerdo social al efecto o resolución judicial (arts. 362, 364 y 366¹⁷⁷ LSC). Recuérdese que el incumplimiento puede generar graves consecuencias patrimoniales para los administradores (arts. 365 y 367 LSC¹⁷⁸) y, aunque no es una obligación, parece lógico votar a favor si no se proponen otros acuerdos alternativos para subsanar la causa de disolución.

Por último, el art. 368 LSC regula la disolución por mera voluntad de los socios, debiendo adoptarse el acuerdo con los requisitos de la modificación de estatutos. Es en este supuesto en el que podría plantearse si el fiduciario puede o no adoptar este acuerdo. En mi opinión, si dispone de facultades de disposición (siempre respetando las instrucciones del causante), la respuesta debe ser afirmativa por las razones ya expuestas. Sería un acto oneroso que sustituye la participación en la sociedad por la cuota de liquidación (art. 453 CDFA), si bien si existen legitimarios habrá que estarse a lo dispuesto en el art. 454 CDFA. En el caso de fiducia colectiva (art. 459 CDFA) se requiere que la decisión se adopte por unanimidad.

A falta de facultades de disposición puede cuestionarse esta facultad del fiduciario de disolver, salvo que sea para atender cargas u obligaciones del art. 451 CDFA¹⁷⁹ o «cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros» (art. 453 CDFA).

2021 en el cierre de los ejercicios 2022, 2023 o 2024 a efectos de esta causa de disolución. Por su parte, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes en su art. 13 excluye la aplicación de la disolución por pérdidas en las *startups* durante los tres primeros años desde su constitución, salvo que proceda la declaración de concurso.

¹⁷⁷ Nueva redacción dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para incluir la reforma de la LC y, en concreto, la excepción de la obligación de convocar junta si se ha solicitado la declaración de concurso o se ha comunicado el juzgado la existencia de negociaciones para la reestructuración del activo, del pasivo o de ambos, según el nuevo párrafo 3º.

¹⁷⁸ También dada nueva redacción por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

¹⁷⁹ «Art. 451. Obligaciones y cargas. Se pagarán con cargo al caudal relicto: a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas. b) Las cargas y deudas de la herencia. c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario. d) En caso de aplazamiento, la garantía del pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

IV.14. Cláusulas de arbitraje societario como alternativa a la resolución judicial de conflictos

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en lo sucesivo, «LA»), tras la reforma operada en 2011¹⁸⁰, ha dado carta de naturaleza al arbitraje societario, al autorizar la incorporación en los estatutos de cláusulas arbitrales, con mayor o menor extensión, permitiendo dirimir incluso la impugnación de acuerdos sociales, en cuyo caso deberá ser necesariamente un arbitraje administrado por una institución (art. 11 bis LA). El carácter inscribible de estas cláusulas se prevé en los arts. 114.2.c) y 175.2.c) RRM para las sociedades anónimas y limitadas, respectivamente¹⁸¹.

En las estructuras familiares es recomendable remitir a arbitraje los posibles conflictos entre socios y entre éstos y la sociedad y/o sus administradores, con el fin de evitar el desgaste personal y emocional que supone ventilar determinadas cuestiones en tribunales.

De nuevo aquí la libertad de diseño de la cláusula estatutaria es muy amplia, pudiendo establecerse distintas fórmulas en función del tipo de conflicto, siempre que sean materias disponibles y, por tanto, arbitrables (art. 2 LA). Es fundamental una adecuada redacción del convenio arbitral para que no se susciten dudas sobre qué concretos conflictos se someten a arbitraje y el ámbito subjetivo (socios, administradores, liquidadores). Si se desea que vinculen a futuros socios o familiares antes de adquirir la condición de socio, deberán introducirse en un documento *ad hoc* o en el pacto parasocietario o protocolo familiar.

La introducción de estas cláusulas estatutarias en sociedades ya constituidas requiere mayoría cualificada de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones o acciones en las que se divida el capital social, no unanimidad, según dispone la vigente redacción del art. 11.bis.2 LA.

¹⁸⁰ En concreto por la Ley 11/2011, de 20 de mayo que introduce el art. 11 bis con el siguiente texto: «Arbitraje estatutario. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

¹⁸¹ «En particular podrán constar en las inscripciones: (...) c) El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos».

Esta posible adopción por mayoría de la cláusula arbitral parece contraria a su carácter eminentemente contractual, que, en principio, requeriría el consentimiento expreso de los afectados, como toda novación modificativa (arts. 1203 y ss. y 1257 CC). Además, la imposición de la resolución de conflictos en vía arbitral a los socios disidentes o no participantes en la adopción del acuerdo podría considerarse inconstitucional por suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE. Nuestro derecho societario no incorpora medidas como el derecho de separación de los socios que hubieran votado en contra de la modificación estatutaria que impone la cláusula estatutaria de arbitraje, como hacen otros ordenamientos societarios¹⁸².

El apoyo para exigir unanimidad para la incorporación del arbitraje societario una vez constituida la sociedad se puede encontrar en el art. 291 LSC que exige «consentimiento de los afectados», para la introducción de modificaciones que supongan nuevas obligaciones y la renuncia al sistema jurisdiccional ordinario para someterse a arbitraje, sin ninguna duda lo es. Sin embargo, se ha impuesto la regla de mayoría prevista en la LA como ley especial de aplicación preferente a la LSC, a mi juicio, indebidamente, en especial, en atención al argumento de inconstitucionalidad comentado.

Aunque me muestro decididamente a favor del arbitraje de derecho frente al de equidad, en algunas estructuras familiares en ocasiones se introducen cláusulas que encomiendan a determinadas personas o instituciones un arbitraje de equidad en atención a su autoridad moral, su vinculación personal con el fundador o con la familia. Son personas de probada independencia y ecuanimidad, respetadas por todos los socios, y, por ello consideradas idóneas para dirimir conflictos o tomar decisiones. Generalmente, se incluyen en pactos parasociales y protocolos.

En mi opinión, puede ser recomendable únicamente para la resolución de conflictos muy específicos en los que prima el componente personal sobre el jurídico.

¹⁸² Ver el acertado análisis que hace MANUEL OLIVENCIA RUIZ de las distintas posiciones doctrinales sobre el arbitraje societario en «Ley de arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Directores: MARÍA JOSÉ MORILLAS, PILAR PERALES VISCASILLAS y LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO, Coordinadores: TATIANA ARROYO, JORGE FELIU, MÓNICA LASTIRI y JUAN PABLO RODRÍGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, págs. 716 a 725. También JOSÉ MARÍA MUÑOZ PAREDES, «De nuevo sobre el arbitraje societario», *Revista de Derecho de Sociedades, septiembre-diciembre 2022, n.º 66*, Dirección: ANDRÉS RECALDE CASTELLS y ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, Secretaría: GUILLERMO GUERRA MARTÍN, ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2022, págs. 51 y ss.

En todo caso, debe tratarse de materias que reúnan el requisito de arbitrabilidad conforme al art. 2 LA, es decir, aquellas sobre las que se tiene libre disposición.

V. BREVE MENCIÓN A LOS PACTOS PARASOCIETARIOS COMO COMPLEMENTO DE LA REGULACIÓN ESTATUTARIA.

Aunque excede el propósito de este trabajo, no puedo dejar de hacer una mención a los acuerdos o contratos entre socios que se mantienen al margen de los estatutos sociales, por ello denominados «parasociales» o «parasocietarios» o, en terminología del art. 29 LSC, «reservados»¹⁸³.

Son contratos que como tales vinculan a los firmantes y a sus herederos en cuanto adquieran en el futuro la condición de socios (arts. 1091 y 1254 y ss. CC). Pero, en este caso, los límites a la autonomía de la voluntad son los del art. 1255 CC, por lo que no opera el referente a los «*principios configuradores del tipo societario*» establecido en el art. 28 LSC¹⁸⁴. Rige el principio de total libertad de forma (art. 1278 CC), aunque es muy recomendable su incorporación a un protocolo notarial.

Son contratos accesorios del contrato de sociedad. Por ello, su razón de ser está totalmente vinculada a la existencia de la persona jurídica a la que se refieren, de modo que, extinguida ésta, el pacto dejaría de tener efecto, salvo en aquellas previsiones que puedan incluirse en el mismo con efecto post-liquidación.

Como especialidad, en los pactos de empresa familiar es también habitual que asuman compromisos personas vinculadas a la familia que pueden no ser socios (los cónyuges y los descendientes llamados a ser futuros socios).

¹⁸³ La percepción del Legislador ha cambiado sustancialmente respecto de estos pactos ocultos. En el CCom el art. 119 se prohibían totalmente: «Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social». Con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se sancionan con nulidad «los pactos que se mantengan reservados» y no es hasta la gran Reforma societaria de 1989 cuando de forma definitiva se abandona este criterio y simplemente se establece que «no serán oponibles a la sociedad».

Sobre estos pactos en general, ALBERTO VAQUERIZO, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por: ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, op. cit., págs. 397 y ss.; CÁNDIDO PAZ-ARES «El enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 5, 2003, págs. 19 y ss. (<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf?id=2012>)

También MARÍA ISABEL SÁEZ LACAVE «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *Revista de derecho de Sociedades 2010-1*, (34), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 105.

¹⁸⁴ Límite también contemplado en los arts. 114.2 y 175.2 RRM.

La razón última de estos pactos parasocietarios es dar a las relaciones intersocietarias una regulación distinta a la prevista en la Ley¹⁸⁵ y también en los estatutos, regulación en ocasiones inadecuada por su rigidez¹⁸⁶. Aunque son contratos autónomos e independientes de los estatutos, es obvia su vinculación a éstos por cuanto complementan, amplían e incluso los novan modificativamente, aunque con efecto sólo *inter partes*.

El principal problema que plantean es el de su oponibilidad a la sociedad. Como hemos visto, el art. 29 LSC deja claro que no pueden esgrimirse en el ámbito societario en tanto se mantengan reservados, sin perjuicio de su eficacia *inter partes* como cualquier otro contrato.

La cuestión es si la falta de oponibilidad puede sostenerse también cuando los firmantes del pacto son exactamente las mismas personas que son socios (pactos omnilaterales). Doctrina y jurisprudencia no adoptan una posición común. La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022¹⁸⁷ resume muy acertadamente el estado de la cuestión y de las distintas posiciones para concluir que, en principio, no son oponibles, sin perjuicio de que en determinados supuestos concretos, en aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima, se desestime la impugnación por el socio que pretende ampararse en ello, incumpliendo el pacto. Este problema se puede superar haciendo a la propia sociedad parte del pacto parasocietario, en cuyo caso su vinculación es incuestionable (art. 1257 CC).

Como ya he analizado en apartados previos, en virtud del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, se reguló la publicidad de los protocolos familiares¹⁸⁸,

¹⁸⁵ Resulta muy interesante el análisis de los pactos que pretenden excluir las obligaciones inherentes al deber de lealtad que realiza FRANCISCO J. ALONSO ESPINOSA EN «El administrador disociado como supuesto de conflicto peramente entre sociedad y administrador», *Revista de Derecho de Sociedades*, mayo-agosto 2022, n° 65, op. cit., págs. 246 y ss.

¹⁸⁶ CARLOS PÉREZ RAMOS señala que «se está produciendo una huida del derecho mercantil al derecho civil a través de los pactos parasociales», para eludir la rigidez del derecho societario. «Significativo aumento de los pactos parasociales», *Notario del Siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid. Septiembre- Octubre 2012, n° 45 (<https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/329-significativo-aumento-de-los-pactos-parasociales-0-014867352335590266>).

¹⁸⁷ Sentencia núm. 300/2022 (CENDOJ 28079110012022100290). Analiza esta sentencia, JORGE NOGAL PATO, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril», *Revista de Derecho de Sociedades*, septiembre-diciembre 2022, n° 66, op. cit., págs. 147 y ss.

¹⁸⁸ Remitimos a JUAN ANTONIO YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, «La sucesión de empresa familiar en el Derecho Civil Aragonés. Aspectos sustantivos». Ponente: FERNANDO CURIEL LORENTE, Copo-

posibilitando su constancia en el Registro Mercantil¹⁸⁹, así como su publicidad en la web de la sociedad, si bien, en la práctica, por motivos de privacidad y confidencialidad, siguen manteniéndose mayoritariamente en el ámbito privado. Ya hemos mencionado que la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes permite la inscripción de los pactos entre socios de *startups* sociedades limitadas.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Podemos concluir que el ámbito de creatividad para la adaptación de los estatutos de sociedades con componente aragonés es amplísimo y supone un mecanismo que, junto al resto de instituciones propias que ofrece el Derecho aragonés, permite adecuar la regulación del patrimonio societario al concreto grupo familiar tomando en consideración sus peculiaridades personales y económico-patrimoniales.

Los distintos operadores jurídicos tenemos en la autonomía de la voluntad una herramienta muy útil para incorporar a las nuevas «*casas mercantiles*» las posibilidades que ofrece nuestro Derecho foral y debemos aprovecharla.

nentes: M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN y JUAN ANTONIO YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, *Actas de los XI encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., págs. 125 y ss.

¹⁸⁹ El art. 5 del RD 171/2007 establece al respecto que: «1. El órgano de administración también podrá solicitar del Registrador mercantil, mediante instancia con firma legitimada notarialmente, la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo en el cual se hará constar si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral. 2. Si el protocolo familiar se hubiere formalizado en documento público notarial se indicará en la inscripción el Notario autorizante, lugar, fecha y número del protocolo notarial del mismo. En ningún caso podrá ser exigida por el Registrador la presentación del mismo ni será objeto de calificación su contenido, sin perjuicio de que el Registrador deberá comprobar que es accesible en el sitio a que se refiere el apartado anterior y que no existe otro protocolo anterior, salvo que sea modificación o sustitución de éste y así lo haga constar el órgano de administración».

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, «Legado de participaciones sociales y adquisición de la condición de socio (comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo 862/2021, de 13 de diciembre)», *Revista de Derecho de Sociedades, mayo-agosto 2022*, n° 65, VV.AA. Dirección ANDRÉS RECALDE CASTELLS y ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, Secretaría GUILLERMO GUERRA MARTÍN, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

ALONSO ESPINOSA, «El administrador disociado como supuesto de conflicto peramente entre sociedad y administrador», *Revista de Derecho de Sociedades, mayo-agosto 2022*, n° 65, VV.AA. Director ANDRÉS RECALDE CASTELLS y ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, Secretaría GUILLERMO GUERRA MARTÍN, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

BALLARÍN MARCIAL, «Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones. Validez y clases» en *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, VV.AA. Director VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, Civitas, Madrid, 1991, primera edición.

BAYOD LÓPEZ, «Artículos 4 y ss.» y «Artículos 23 y ss.» en *Código del Derecho Foral de Aragón*, VV.AA. Director JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, primera edición, reimpresión 2018.

BAYOD LÓPEZ, «La viudedad» y «Capacidad y estado de las personas» en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, VV.AA. Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, El Justicia de Aragón, 2020.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, «La fiducia sucesoria», *Manual de Derecho Foral Aragonés*, VV.AA. Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, El Justicia de Aragón, 2020.

CALATAYUD SIERRA, Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, «El derecho expectante de viudedad: su necesaria reconsideración», en *Anuario 2017*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2018, págs. 15 y ss. https://aajl.es/wp-content/uploads/2018/06/ACADEMIA_ANUARIO2017.pdf.

CALATAYUD SIERRA, «Título IV. De la fiducia sucesoria» en *La Revista de Derecho Civil Aragonés. V 1999 n° 1. Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, VV.AA. Director JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinador JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA, Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, 1999.

DELGADO ECHEVERRÍA, «Artículo 3. Standum est chartae», «Artículo 210. Bienes comunes» y «Artículo 216. Bienes de origen familiar» en *Código del*

Derecho Foral de Aragón, VV.AA. Director JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, primera edición, reimpresión 2018.

DUQUE RODRÍGUEZ. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991.

ESCUADERO RANERA, «Usufructo viudal de participaciones en sociedad» en *Actas de los XVIII encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza. https://eljjusticiadearagon.es/wp-content/uploads/dlm_uploads/2020/02/Foro-2008-Usufructo-Viudal-de-dinero-fondos-de-inversi%C3%B3n-y-participaciones-en-sociedad.pdf

DE LA FUENTE JUAN, *El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el reparto forzoso del dividendo, 18 años después*, https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/tribunal_supremo_sienta_doctrina_sobre_el_reparto_forzoso_del_dividendo_-_garrigues.pdf.

GALLEGO ESPERANZA, «Artículo 213. Prohibiciones» en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, VV.AA. Dirección ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, primera edición.

GÁLLEGO LANAU, «La junta exclusivamente telemática en las sociedades de capital cerradas», *Revista de Derecho de Sociedades*, Monografía nº 51, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

GARCÍA VICENTE, «Título III. De la sucesión testamentaria. Capítulo II. Testamento mancomunado», *Revista de Derecho Civil Aragonés. V 1999 nº 1. Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Director JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, Coordinador JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA, Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, 1999.

GARCÍA-VILLARRUBIA MANUEL, *El problema de la insuficiencia de los dividendos. ¿Y si el socio no quiere separarse de la sociedad? Utilidad de los remedios disponibles a la vista de la STS de 11 de enero de 2023*, <https://www.uria.com/es/publicaciones/8308-el-problema-de-la-insuficiencia-de-los-dividendos>.

GARRIDO DE PALMA, «¿Sociedad Anónima «versus» Sociedad de Responsabilidad Limitada?» en *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, VV.AA. Director VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, Civitas, Madrid, 1991, primera edición.

IGLESIAS PRADA, «La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal» en *Tratando de la Sociedad Limitada*, VV.AA. Coordinador CÁNDIDO PAZ-ARES, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, VIGUERA RUBIO y DIAZ MORENO, «Artículo 12 de la LSRL. Escritura de constitución» en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VV.AA. Dirección RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, tomo XIV, Régimen jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, volumen 1º A), Artículos 1 a 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Civitas, Madrid, 1999, primera edición.

LACRUZ BERDEJO, «Comentario al art. 3» en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, VV.AA. Dirección JOSÉ LUIS, volumen 1º, DGA, Zaragoza, 1988.

LEYVA OLARTE. *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010, El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos por violación del orden público*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2010-17

LÓPEZ AZCONA, «Parejas estables no casadas» y «Relaciones tutelares» en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, VV.AA. Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, El Justicia de Aragón, 2020.

LÓPEZ AZCONA, «Comentario al art. 107 CDFa» en *Código de Derecho Foral de Aragón*, VV.AA. Director JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, primera edición, reimpresión 2018.

LÓPEZ AZCONA, «El Derecho de abolitorio», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ. Memoria de Licenciatura. *La transmisión «mortis causa» de la empresa de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1981, (obra inédita).

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, «La Casa en el Derecho Aragonés» en *Estudios de Derecho Aragonés*, CSIC, Zaragoza, 1944.

MENÉNDEZ y VAQUERIZO ALONSO, «El problema tipológico» en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VV.AA. Dirección RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, tomo III, Disposiciones Generales de la Ley de Sociedades Anónimas, volumen 1º A), Artículos 1 a 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, primera edición.

MERINO HERNÁNDEZ. *El derecho de abolitorio aragonés*, Instituto Fernando el Católico (C.S.I.C), Zaragoza, 1980.

MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 5 de la Compilación de Aragón» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VV.AA. Dirección MANUEL ALBADALEJO, tomo XXXIII, volumen 1, artículos 1 a 47 de la Compilación de Aragón, Edersa, Madrid, 1986.

MOREU BALLONGA. *Mito y realidad en el standum est chartae*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MOYA JORGE, «Artículo 23. Estatutos sociales» en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, VV.AA. Dirección ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, primera edición.

MUÑOZ PAREDES, «De nuevo sobre el arbitraje societario», *Revista de Derecho de Sociedades, septiembre-diciembre 2022, n.º 66*, VV.AA. Director ANDRÉS RECALDE CASTELLS y ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, Secretaría GUILLERMO GUERRA MARTÍN, ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2022.

NOGAL PATO, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril», *Revista de Derecho de Sociedades, septiembre-diciembre 2022, n.º 66*, VV.AA. Director ANDRÉS RECALDE CASTELLS y ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, Secretaría GUILLERMO GUERRA MARTÍN, ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2022.

OLIVENCIA RUIZ, «Ley de arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, VV.AA. Dirección MARÍA JOSÉ MORILLAS, PILAR PERALES VISCASILLAS y LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO, Coordinadores TATIANA ARROYO, JORGE FELIU, MÓNICA LASTIRI y JUAN PABLO RODRÍGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015.

PARRA LUCÁN, «Capacidad y estados de las personas» en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, VV.AA. Director JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadora M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, segunda edición.

PAZ-ARES. *El enforcement de los pactos parasociales*, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 5, 2003, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf?id=2012>

PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?. (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)» en *Tratando de la Sociedad Limitada*, VV.AA. Coordinador CÁNDIDO PAZ-ARES, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.

PERDICES HUETOS. *Clausulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997, primera edición.

PERDICES HUETOS, «Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, VV.AA. Dirección ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, primera edición.

PÉREZ RAMOS. *Significativo aumento de los pactos parasociales*, *Notario del Siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid. Septiembre- Octubre 2012, nº 45 <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/329-significativo-aumento-de-los-pactos-parasociales-0-014867352335590266>.

SÁEZ LACAVE. «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *Revista de derecho de Sociedades 2010-1*, (34), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, «Comentarios al art. 5» en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, VV.AA. Dirección JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, volumen 1º, DGA, Zaragoza, 1988.

SERRANO GARCÍA, «Artículos 85 y ss.» en *Código del Derecho Foral de Aragón*, VV.AA. Director JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Coordinadores MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, primera edición, reimpresión 2018.

SERRANO GARCÍA, «Los bienes de los cónyuges» y «La disolución del consorcio conyugal y la comunidad que continúa tras la disolución», en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, VV.AA. Coordinadores CARMEN BAYOD LÓPEZ y JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, El Justicia de Aragón, 2020.

VAQUERIZO ALONSO, «Artículo 1. Sociedades de capital», «Artículo 28. Autonomía de la voluntad», «Artículo 29. Pactos reservados», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, VV.AA. Dirección ÁNGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, primera edición.

VV.AA., *Benás en el temps. Vida y genealogías de Benasque, Cerler y Anciles*. JOSÉ ESPAÑOL FAUQUIÉ y JOSÉ MARÍA MUR TORRECILLA, Excmo. Ayuntamiento de la Villa de Benasque, 2020.

VV.AA., «Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés», en *Actas de los VII Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1998. [HTTPS://ELJUSTICIADEARAGON.ES/WP-CONTENT/UPLOADS/2020/07/FORO-1997-REPERCUSION-%C3%A1MBITO-MERCANTIL-CONDICI%C3%B3N-JUR%C3%ADDICA-DE-ARAGON%C3%A9S.PDF](https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/2020/07/foro-1997-repercusion-%C3%A1mbito-mercantil-condici%C3%B3n-jur%C3%ADdica-de-aragon%C3%A9s.pdf).

VV.AA., «La sucesión de empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos sustantivos», en *Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002.

[HTTPS://ELJUSTICIADEARAGON.ES/WP-CONTENT/UPLOADS/2021/01/FORO-2001-LA-SUCESI%C3%B3N-DE-LA-EMPRESA-FAMILIAR.PDF](https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/2021/01/foro-2001-la-sucesion-de-la-empresa-familiar.pdf)

VV.AA., «Los pactos sucesorios: su vigencia hoy y su tratamiento tributario» en *Actas de los XXIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2020. https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/dlm_uploads/2020/07/ACTAS-XXIX.pdf

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Sr. D. Adolfo Calatayud Sierra

Académico de Número

Excmas. e Ilmas. Autoridades

Excmos. e Ilmos. Compañeros Académicos

Señoras y señores

La Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia es una institución, que, como dispone el artículo 3 de sus Estatutos, tiene como fines principales el estudio, la investigación, promoción y difusión del Derecho civil o foral aragonés. Pero pretende abarcar todo el Derecho y, por ello, aspira a contar con especialistas en todas las disciplinas jurídicas. Así debe ser, porque la compleja realidad, sobre la que se refleja el Derecho y a la que sirve, con frecuencia no se presenta de forma que pueda ser tratada exclusivamente desde la perspectiva de una determinada disciplina jurídica. Y el ciudadano requiere un tratamiento integral de sus problemas, cuya complejidad desborda la distinción de las diversas ramas del saber jurídico.

Estas consideraciones, aparte de explicar la riqueza y variedad de los conocimientos de los Académicos, son especialmente oportunas para el discurso que hoy nos ha reunido. Se trata del primer discurso de Derecho mercantil que se lee en esta Academia. Y sea bienvenido, aunque sólo fuera por esta razón. Pero, además, es un buen ejemplo de lo que empezaba diciendo, de cómo algo que puede considerarse una materia muy especializada, en concreto el derecho de sociedades, se entrecruza de modo necesario con otras y, en este caso, con el Derecho foral aragonés. Ciertamente el Derecho foral aragonés, que está dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, es un Derecho de la

persona, entendida como persona física, mientras que el Derecho de sociedades mercantiles, cuya competencia exclusiva corresponde al Estado, tiene por objeto estructuras artificiales creadas para facilitar el desarrollo de la actividad económica. Pero, aunque son materias diferenciadas, sujetas a legislaciones distintas, de origen diverso y que persiguen fines y objetivos divergentes, lo cierto es que al final de las sociedades están las personas, que son las que, en último término, son sus propietarias y las que ejercen los derechos societarios.

Sirva lo dicho para que, desde la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, nos demos la enhorabuena por la elección de la materia objeto de este discurso. Y por la elección como Académica Correspondiente de Doña Carmen Gay Cano, que nos ha expuesto el magnífico discurso que hemos tenido la fortuna de escuchar.

Carmen Gay Cano es una brillante y prestigiosa abogada especializada en Derecho mercantil y de la empresa, Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y colegiada como abogada desde 1989. Su formación no se ha limitado a sus estudios de licenciatura. Ha realizado un Máster Universitario en Derecho de Empresa (M.U.D.E.) por la Universidad de Navarra (89/90) y un Course of Advanced Business Law en la City of London Polytechnics (Londres UK), julio 1989.

Ha trabajado como abogada en el despacho URÍA & MENÉNDEZ en Madrid y, desde 1994, tiene su propio despacho en Zaragoza.

Además de su trabajo profesional, ha participado como profesora del Programa de Especialización de Derecho de Empresa para Posgraduados no Españoles en la Universidad de Navarra, como Profesora Asociada de Derecho Mercantil I en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza desde octubre de 1994 hasta septiembre 1998, y como profesora del Curso de formación para el ejercicio de la profesión de Abogado impartido por el R.E.I.C.A.Z. varios años.

Ha sido ponente en múltiples cursos, seminarios y jornadas organizados por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y su intervención es muy demandada en cursos y jornadas organizadas por diversas instituciones profesionales como el Colegio de Economistas de Aragón, Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Aragón, Navarra y Rioja, el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (Agrupación Territorial 8ª de Aragón), la Cámara de Comercio y Facultades de Derecho, sobre variadas materias, con especial atención a la empresa familiar, el estatuto jurídico del administrador de las sociedades mercantiles y su responsabilidad, los órganos societarios, la sociedad profesional,

los grupos societarios, modificaciones estructurales de las sociedades de capital, los conflictos en el ámbito societario y el arbitraje como fórmula de solución, la mediación civil y mercantil, cuestiones societarias concursales, los derechos de las minorías en las sociedades y el derecho de separación de los socios. Ha participado como árbitro en la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación.

Desde su ingreso en la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia, su participación se ha dejado notar, con importantes aportaciones jurídicas. Aunque su condición de Académica correspondiente le exime de la obligación de leer discurso, desde el primer momento anunció su intención de preparar y leer un discurso académico y, como siempre, ha cumplido con creces, regalándonos este magnífico discurso que acabamos de escuchar.

El discurso tiene como base la libertad de pacto y su principal mensaje es que la libertad de pacto societario puede servir de instrumento para la incorporación de las instituciones del Derecho Foral Aragonés, lo que puede producir efectos muy favorables en la determinación de los derechos y para la defensa de los intereses de los socios. La principal lección que nos deja el discurso es que Derecho societario y Derecho foral aragonés no tienen por qué darse la espalda, sino que, por el contrario, pueden colaborar para encontrar soluciones adecuadas a los múltiples problemas que el funcionamiento de las sociedades pone de manifiesto.

Es decir, el eje del discurso lo constituye la libertad de pacto en el ámbito societario, con las limitaciones propias de la necesidad de existencia de una serie de normas imperativas, que están dirigidas a la protección de los socios minoritarios y de los terceros que se relacionan con la sociedad, y el respeto a los principios configuradores del tipo social elegido, cuyo alcance la Académica determina con precisión. También el Derecho foral aragonés tiene como uno de sus principios esenciales la libertad de pacto, bajo el aforismo *standum est chartae* (artículo 3 del Código del Derecho Foral de Aragón), conforme al cual se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés. Por tanto, Derecho de sociedades y Derecho foral aragonés se acoplan bien.

El pacto es el campo en el que los juristas prestamos el mejor servicio a los ciudadanos y a la sociedad en general. Aquí resulta fundamental la precisión y, para ello, son esenciales los conocimientos jurídicos, igual que son necesarios los mejores conocimientos médicos para curar las dolencias que podemos padecer. El jurista experto puede ser un gran aliado del emprendedor, para ayudarle a despejar los complicados vericuetos que cualquier persona que actúe en el mercado

se va a encontrar y, también, para darle las mejores soluciones para que su ámbito personal y familiar no constituyan un obstáculo para el funcionamiento de aquélla y para organizar adecuadamente la sucesión de la empresa.

Sin embargo, en los últimos tiempos, el legislador está empeñado en fomentar a toda costa las denominadas sociedades *express* como el gran invento que los emprendedores necesitan, con unos estatutos reglamentados tipo que, además, tienen un contenido muy pobre, y una escritura con campos precodificados. Con la idea preconcebida de que el emprendedor lo que precisa es, no ya rapidez en la constitución de la sociedad, que con los medios que tenemos ya garantizamos, sino casi la instantaneidad y, además, la reducción de costes de constitución, que, de hecho, con los procedimientos ordinarios no son altos. Todo ello a costa de poner en funcionamiento sociedades totalmente estandarizadas, con una regulación estatutaria muy pobre, carente de pactos que precisen los aspectos que a la persona pueden convenirle. El legislador se equivoca si cree que es buena idea sacrificar, en aras de esa absoluta rapidez y reducción un poco de los costes, la conformación de la sociedad a las necesidades del emprendedor mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad basada en un consentimiento debidamente informado y asesorado. Se vislumbra en esta tendencia legislativa, si no un desprecio, sí un menosprecio de la labor de los juristas y de la importancia del Derecho para contribuir al desarrollo y a la paz social.

Este discurso está en las antípodas de esta pretensión del legislador. Demuestra, con brillantez, no sólo la conveniencia, sino la necesidad del emprendedor de adaptar el funcionamiento de la sociedad a su situación personal y familiar mediante los mecanismos que tanto el Derecho societario como el Derecho civil foral aragonés le ofrecen. Aunque la elegancia de la Académica evita decirlo en voz alta, detrás del discurso se encuentra una advertencia, un aviso, para evitar llevarse por esas pretensiones uniformadoras que pretenden imponerse.

El discurso supone un estudio de los múltiples aspectos que tienen relevancia en el ámbito societario y se centra, fundamentalmente, en la sociedad familiar, que, de hecho, constituye una de las principales preocupaciones de la doctrina mercantilista, no sólo en Aragón, de modo que la profundidad de los razonamientos que hace la Académica resulta útil, en general, para toda sociedad de raíz familiar, más allá de las estrictamente formadas por personas sujetas al Derecho aragonés. Aunque, desde la doctrina aragonesa, se agradece mucho el esfuerzo de poner en relación las distintas figuras del Derecho societario con el Derecho civil aragonés y de resolver las dificultades que, en alguna ocasión, puede suscitar el acople de ambos.

De hecho, la profundidad y densidad de las materias que se desarrollan y las propuestas y sugerencias que tienen que ver con el Derecho civil foral aragonés hacen que el discurso pueda calificarse, a mi juicio, como seminal, de modo que nos va a obligar a los que nos dedicamos al ejercicio práctico en los ámbitos del Derecho aragonés y el Derecho societario, pero creo que también a los estudiosos, a leerlo con mucha atención y reflexionar. La profundidad y rigor de esas propuestas resultan, a veces, abrumadores y difíciles de digerir en una primera lectura. La Académica nos deja tarea para sacar todo el jugo que merecen las consideraciones que realiza.

Con gran perspicacia, la Académica se remonta a la “*casa aragonesa*”, raíz, en buena medida, de nuestro Derecho foral aragonés, para poner de manifiesto que esos patrimonios agrícolas y ganaderos que eran su soporte antes hoy son patrimonios fundamentalmente mercantiles, de modo que podría hablarse de la “*casa mercantil*”, necesitada de parecida protección que la antigua “*casa aragonesa*” y a la que el Derecho foral aragonés puede prestar un apoyo similar al que tradicionalmente ha dado a ésta. Es una especie de puesta al día de la casa aragonesa, en la que es preciso armonizar la enorme potencia del Derecho foral aragonés con el Derecho mercantil y societario y, aunque, con alguna dificultad, ello es posible porque, como hemos dicho, ambos tienen como principal soporte la autonomía de la voluntad.

La principal idea que se propone es la incorporación a los Estatutos de las sociedades mercantiles de determinadas previsiones que tengan en cuenta el Derecho aragonés, amparándose en esa libertad de pacto. A continuación, se hace un recorrido detallado por las diversas cuestiones y se hacen infinidad de propuestas y sugerencias, que, como decía, deberemos analizar con detenimiento los juristas, de cara a incorporarlas a nuestro trabajo.

Esas previsiones estatutarias pueden ser de doble tipo.

Por una parte, están las que se refieren al ejercicio de los derechos como socio de personas que estén sujetas al Derecho aragonés. Podría dudarse de la necesidad y la conveniencia de introducir en los Estatutos de la sociedad reglas especiales para los socios sujetos al Derecho aragonés; por una parte, probablemente no es necesario, puesto que las normas regidas por el estatuto personal acompañan a la persona y, por tanto, se aplican a los socios con independencia de que los Estatutos de la sociedad se refieran o no a ellas; por otra parte, puede resultar extravagante incluir reglas para los socios sujetos a determinado derecho civil, siendo que puede haber socios que se rijan por otros, porque introducir variantes diversas en función de la ley civil a que estén sujetos los socios (que

pueden ser, incluso, extranjeros) es impensable. No obstante, la autora considera que puede ser útil cuando la ley personal de los socios sea la aragonesa o existen otros vínculos de la sociedad con Aragón y lo justifica con la afirmación de que la experiencia práctica confirma que cuando han sido los socios los que se han dotado de su propio régimen normativo, el nivel de aceptación y, por tanto, su grado de cumplimiento son muy superiores.

De todos modos, no puede olvidarse la dificultad que pueden encontrarse los socios para hacer valer frente a la sociedad el estatuto personal de aragonés, es decir, la vecindad civil aragonesa, por lo difícil de su prueba, materia sobre la que no es posible profundizar ahora, pero que está llena de obstáculos. Sobre este particular, y aunque sólo sea para poner de manifiesto las dificultades que suscita, es recomendable la ponencia del Foro de Derecho Aragonés de 2022 *“La vecindad civil: presente y perspectivas de futuro”*.

Por otra parte, se trata de modalizaciones del régimen jurídico de la sociedad en múltiples aspectos, dentro del ámbito de autonomía de la voluntad que permite la legislación societaria, de modo que, por un lado, se facilite el desenvolvimiento de las sociedades familiares, y, por otro, se acoja el funcionamiento de las instituciones de nuestro Derecho civil, que, en algunos casos, si no se ha previsto expresamente, podrían colisionar con el Derecho societario o, al menos, encontrar dificultades. En este punto, son interesantísimas las consideraciones que se realizan sobre los menores de edad socios y administradores de las sociedades, liquidación del régimen económico matrimonial de consorcio conyugal aragonés cuando hay acciones o participaciones sociales, régimen de las acciones o participaciones sociales sujetas a fiducia sucesoria pendiente de ejecución o sujetas a la administración de un tercero establecida por el disponente o causante, derecho de usufructo de viudedad recayente sobre acciones o participaciones sociales o régimen de la herencia yacente en la que existan acciones o participaciones sociales, por citar las más importantes.

Para acabar la contestación al discurso, quisiera referirme brevemente a un aspecto del Derecho civil foral, en general de todos los Derechos civiles, que puede ser clave para organizar la sucesión de la empresa familiar. Me estoy refiriendo a las legítimas, como limitación a la libertad de disposición del propio patrimonio. El momento de la sucesión de la empresa familiar es uno de los más peligrosos y donde existen mayores riesgos para su supervivencia. La gran cantidad de extinciones de sociedades familiares asociada al fallecimiento del fundador pone de relieve que la adecuada organización de la sucesión por causa de muerte sigue siendo un aspecto fundamental para garantizar la vida de las sociedades.

Puede, en este punto, afirmarse que, cuanto más rígida sea la regulación sobre los derechos sucesorios forzosos a favor de determinados parientes, más difícil será organizar debidamente la sucesión de la empresa a fin de que ésta pueda pervivir. En este debate permanentemente abierto acerca de si resulta razonable conceder un derecho a heredar a determinados parientes, por el hecho de serlo y pese a no encontrarse en situación de necesidad, a costa de sacrificar la libertad a disponer del propio patrimonio, la opinión, tanto en la sociedad como entre los juristas, va inclinándose, en los últimos tiempos, a apoyar una mayor, si no total, libertad para disponer con causa de muerte, con sólo las limitaciones que traigan justificación en situaciones de verdadera necesidad. Y, a los muchos argumentos que se manejan a favor de reducir o suprimir esta limitación a disponer del propio patrimonio, está que la existencia de estas restricciones dificulta poder organizar debidamente la sucesión en la empresa.

Es cierto que en Aragón existe un régimen de limitaciones más reducido y flexible que en otros territorios: sólo son legitimarios los descendientes, la legítima es sólo -o tanto como- la mitad del caudal y es colectiva, lo que permite favorecer sólo a uno o varios descendientes, lo que permite, tratándose de una empresa familiar, disponer a favor de los que se considere más idóneos para dirigirla y hacerla perdurar y mejorar. Además, se admite la fiducia sucesoria, con enorme amplitud, para diferir el momento en que se haga efectiva la sucesión, a fin de tener mayor posibilidad de acertar en la decisión.

Ello no obstante, esta amplitud puede no ser suficientes, porque a veces la persona idónea para dirigir la empresa no es ninguno de los descendientes, por causas muy diversas: insuficiente preparación, aptitud o interés de éstos, falta de confianza o, incluso, ruptura emocional y personal entre causante y descendientes, hoy frecuente en los casos de quiebra matrimonial, o muchas otras. La separación entre la propiedad y la gestión de la sociedad, como posible solución, y tal y como se ha puesto de manifiesto en el discurso, no es algo que pueda sostenerse mucho tiempo.

Téngase en cuenta que la supervivencia de las sociedades no es algo de interés exclusivamente personal de su fundador, sino que afecta también a otras personas, sobre todo a sus trabajadores, también a los clientes y proveedores; es más, puede afirmarse que hay un interés en toda la sociedad, puesto que la existencia de un tejido empresarial sólidamente implantado y su perduración son necesarios para la extensión de la riqueza y para el desarrollo económico y el bienestar social.

Por ello, el legislador, o los legisladores, puesto que son diversos los que tienen competencias sobre el Derecho civil, también el aragonés, deberían replan-

tearse estas limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte, con el fin de reducirlas e, incluso, suprimirlas, limitando los derechos de los descendientes a los casos de verdadera necesidad por parte de éstos y reducidos a cubrir esa necesidad.

Con ello termino este discurso de contestación al magnífico discurso de la Académica, la Ilma. Sra. D.^a Carmen Gay Cano, cuyas propuestas y sugerencia, como he dicho antes, nos van a hacer reflexionar sobre el papel que nuestro Derecho civil foral puede prestar a las empresas familiares en Aragón. Por todo lo dicho, esta Academia no puede dejar de felicitarse por contar entre sus miembros con una Académica tan brillante.

Muchas gracias

CONFERENCIAS

LAS BODAS DE FÍGARO (ENTRE EL TEATRO, LA ÓPERA Y EL DERECHO)

Ilma. Sra. Doña Ana Clara Belío
Académica Correspondiente

Primeras reacciones:

“Aquello que hoy día no está permitido decir, se canta” (periódico vienés Wiener Realzeitung, 11.07.1786).

“Aquí no se habla más que de *Fígaro*; no se interpreta, ni toca, ni canta, ni silba nada más que *Fígaro*; no se asiste a otra ópera que no sea *Fígaro*, siempre *Fígaro*...” (Mozart a su amigo vienés Gottfried von Jacquin desde Praga, 14.01.1787).

1. Contexto histórico

En este artículo voy a referirme a la ópera de Mozart, pero son obligadas las referencias continuas a la obra de teatro de Beaumarchais,¹ que es donde se contienen de forma extensa y articulada los conflictos jurídicos que plantea el argumento.

Las bodas de Fígaro o *Le nozze di Figaro* se estrenó el 1 de mayo de 1786 en Viena, tres años antes del estallido de la revolución francesa.² La ópera está basada en la obra del mismo título del escritor francés Beaumarchais, escrita en 1778, cuya primera representación pública tuvo lugar en 1784, tras varios años

¹ Pierre Cron de Beaumarchais, *La loca jornada o Las bodas de Fígaro*, tr. Mauro Armiño (Madrid, Alianza Editorial, 2011).

² En este artículo utilizo el libreto publicado en el programa de mano de *Le nozze di Figaro* publicado en el programa del Teatro Real de 1998.

sin poder estrenarse debido a la censura. La comedia fue prohibida por el mismo Luis XVI al ver en su trama una versión satírica del sistema monárquico y de los privilegios de la nobleza. El texto fue interpretado como una parodia del final de la aristocracia, encarnada por el conde Almaviva, y el paralelo ascenso del pueblo llano o del “tercer estado”, en la figura de su barbero, Fígaro. Aunque, a los ojos de la sociedad, podría ser percibida como una comedia de enredo de gran agilidad cómica -de ahí también el otro título dado por su autor: *La Loca Jornada*-, lo cierto es que Beaumarchais supo mostrar la férrea unión de las clases no privilegiadas -vasallos, criados, campesinos, jóvenes y mujeres- y su lucha contra un poder feudal en descomposición.

Cabe suponer que Mozart estuviese en parte de acuerdo con el mensaje del texto social de Beaumarchais pero, en todo caso, fue el autor del libreto, Emmanuel Cornegliano -más conocido por su seudónimo Lorenzo Da Ponte-, quien finalmente eliminase los elementos más subversivos de la comedia para lograr el estreno de la ópera en 1786.³ De este modo se alcanza un equilibrio entre lo magistralmente musical y la profundidad de los conflictos humanos, sin duda gracias a la combinación de las figuras de Beaumarchais, Mozart y Da Ponte.

Pierre-Agustin Caron añadió a su nombre “de Beaumarchais”, un título que adquirió después de su primer matrimonio y que le permitió entrar a formar parte de esa nobleza a la que después ridiculizaría, no sin humor, en muchas de sus obras. Procedente de una familia humilde de relojeros, ascendió en la escala social con ayuda de la música -era un buen arpista, tocaba la flauta y la viola-, dando clase a las princesas de la corte real francesa, y también gracias a sus habilidades como orador. Su principal obra literaria es la trilogía de Fígaro: *Le Barbier de Séville* escrita en 1772 y estrenada en 1775, *Le Mariage de Figaro ou La Folle journée*, terminada en 1778, estrenada en una representación privada para la corte en 1783 y en público en abril de 1784, y al final, con mucho menos éxito, *La Mère coupable* estrenada en 1792.

El protagonista de la trama, Fígaro, es un sirviente que ha pasado por múltiples oficios, entre ellos el de barbero en Sevilla, para acabar siendo promovido por el conde Almaviva a intendente de su palacio. En su famoso monólogo del Acto V de la comedia -omitido en su mayor parte en el libreto de Da Ponte-, Fígaro lanza su estoque contra la nobleza, que el joven abogado Danton convertiría en axioma tras la Revolución Francesa: “¿Qué habéis hecho para merecer vuestro rango y fortuna? Nacer, eso es todo”.

³ Sobre las correspondencias entre la comedia y el libreto véase Tim Carter, *W. A. Mozart: Le nozze di Figaro* (Cambridge, Cambridge University Press, 1987), especialmente las páginas 33-48.

Así, el barbero reivindica el mérito personal de quien se ha formado a sí mismo -raptado al nacer y abandonado en una inclusa-, frente al destino privilegiado de los nobles por el hecho de haber nacido tales. Fígaro acaba siendo reconocido públicamente por sus padres -en el Acto III de la ópera, en una escena de excepcional intensidad emotiva-, lo que carga de significado la defensa identitaria del personaje. Fígaro denunciará la pseudojusticia del conde Almaviva, que pretende ejercer el derecho de pernada sobre su prometida, Susana, aunque nunca consiga su objetivo: “Un gran señor de Sevilla, me reconoce, lo caso; y en premio a mis desvelos por proporcionarle esposa, ¡quiere quitarme la mía!”. Se alude aquí a *El barbero de Sevilla*, en donde Fígaro ayudó al conde Almaviva a conquistar a la joven Rosina, y ahora éste se ha convertido en su rival. Pero, en *Las bodas de Fígaro*, el conde pierde el juego frente a su sirviente. El propio Napoleón, años más tarde, afirmaría “C’était la révolution en action!”

Los incontestables fracasos del conde -incluido su intento de desterrar al paje Cherubino-, la burla de sus órdenes por sus vasallos, a los que ya no transmite ningún temor, la reticencia de Susana hasta el final a ser conquistada, o la petición pública de disculpas a su propia esposa, simbolizan su derrota. Muchos autores interpretaron el texto de la obra de teatro -y, por ende, el libreto de la ópera-, como un ejemplo primigenio de la lucha de clases en la que claudicaría una aristocracia decadente y, por qué no, degenerada y vergonzante. Pero, sobre todo, una aristocracia inconsciente de que su caída llegaría irremediablemente el 14 de julio de 1789 con la toma de la Bastilla. Resulta irónico pensar que aquellos nobles que tanto disfrutaron con el estreno de la comedia estuvieran asistiendo a su propia desaparición, y que un gran número de ellos acabaría guillotinado apenas unos años después.

El texto de Beaumarchais cuestiona otras realidades sociales, que aparecen más lateralmente en el libreto, como la condición de la mujer que, según las reglas de la clase a la que perteneciera, no podía escoger marido y era forzada a casarse a edades muy tempranas; recordemos que Luis XVI y María Antonieta tenían quince y catorce años, respectivamente, cuando se casaron en 1770. Muchas mujeres tampoco tenían permiso para educar a sus hijos, ni se les permitía amamantarlos. Algún autor ha mencionado que, para una de las representaciones teatrales de la comedia, Beaumarchais llegó a redactar un final distinto en defensa de la lactancia materna, por lo que recibió el apelativo de “protector de las madres”.⁴ Este apoyo decidido al género femenino se observa también en

⁴ Mauro Armiño, en el “Prólogo” a su traducción de *Las bodas de Fígaro* de Beaumarchais, pp. 37-38.

La madre culpable, última obra de la trilogía, y a la que Beaumarchais otorgó el título inicial de *Una mujer como hay tantas* -referido a la condesa Rosina-, que simboliza con ternura las *tantas* mujeres con hijos nacidos fuera del matrimonio.

En definitiva Tampoco *Las bodas de Fígaro* rehúye dicho problema de la época, el de los numerosísimos menores abandonados en inclusas, fruto precisamente de las relaciones extramatrimoniales o de los abusos a mujeres por parte de la nobleza. El propio Fígaro era incluso -*enfant trouvé*-, que estará al borde de cometer incesto con su desconocida madre Marcelina debido a una obligación contraída de casarse con ella, de la que solo se salvará al descubrirse su verdadera identidad. En *Las bodas* se evita finalmente el incesto, pero el problema se vuelve a plantear en *La madre culpable*, cuando casan de manera efectiva a Léon -un hijo ilegítimo de la condesa Rosina y Cherubino- con Florestine, también hija ilegítima del conde Almoviva.

En este contexto histórico y social, que se podría llamar prerrevolucionario, muchos autores han visto en la versión mozartiana de *Las bodas de Fígaro* -a partir de la comedia prohibida de Beaumarchais-, la representación del fin del Antiguo Régimen y el tránsito al Régimen Liberal, momento que los historiadores señalan como el inicio de la Edad Contemporánea.

2. El argumento de la ópera

La ópera gira en torno al compromiso matrimonial de Fígaro con su prometida Susana, que se llevará a cabo con éxito al final de la ópera, no sin antes tener que sortear el intento del conde Almoviva de ejercer del derecho de pernada sobre la novia, además de un juicio al que será sometido Fígaro por impago de una deuda e incumplimiento de una promesa de matrimonio con Marcelina, quién resultará a la postre ser su propia madre.

Frente a las lascivas pretensiones del conde, las dos protagonistas femeninas, la condesa Rosina y Susana aparecen como mujeres firmes, inteligentes y decididas, que se apoyan entre sí a lo largo de toda la ópera. En contraposición, tenemos a un conde atractivo y con buen tono en sus modales, pero que además de “ingrato” y “bocazas” -en palabras de la condesa y Susana-, es celoso y mentiroso -asegura varias veces haber abolido dicha costumbre feudal en su territorio- y pretende seguir siéndolo. Esta vez lo intentará mediante un soborno: la dote que ofrece a Susana para saldar la deuda de Fígaro esconde la compra de los favores de la novia.

Es Susana, más perspicaz que Fígaro, quien desvela a éste las intenciones del conde: “¿Y tú creías que mi dote me la daban por mi cara bonita? (...) Él la

destina para obtener de mí ciertas medias horas... que el derecho feudal...” (Acto I, escena I del libreto). En palabras de Beaumarchais en el prefacio del texto, “lo mejor asentado en la obra es que nadie quiere engañar al conde, sino sólo impedir que él engañe a todo el mundo.” Aunque las palabras de Fígaro en el libreto apuntan a que él pretende “vengar a todos los maridos” (Acto IV, escena III del libreto).

Susana, perseguida incesantemente por el noble, no vacilará en confiar en las dos personas más interesadas en vigilar al conde: Fígaro y la condesa. De esta forma, entre los tres tramarán un enredo burlesco para poder culminar con éxito la boda, enredo que avergonzará al conde Almaviva, y cuyo comportamiento tendrá que perdonar la condesa hasta en tres ocasiones. También serán tres las dotes que reciban Fígaro y Susana al final del enredo, en justa reparación por la ofensa, una compensación por partida triple, que incluye el diamante que el conde Almaviva entrega a Susana: “¡Y van tres! ¡Pero ésta ha costado su buen trabajo conseguirla!” dice Fígaro haciendo sonar la bolsa en su mano (Acto V, escena XVIII de la comedia, excluida en el libreto, quizás por exceso de sátira hacia la figura del conde). Aunque es cierto que el Acto IV de la ópera está destinado casi exclusivamente a escarnecerle.

Respecto a la promesa incumplida de matrimonio por parte de Fígaro frente a Marcelina, el texto de Beaumarchais plantea una disquisición, que omite el libreto y a la que luego me referiré por su interés jurídico, relativa al cumplimiento del contrato mediante una obligación de hacer. Esto es, la obligación a título personal que adquiere Fígaro de contraer matrimonio, frente a la posibilidad de conmutar dicha obligación con el pago del dinero a Marcelina. Ello se debatirá en un juicio en el que Fígaro se representa a sí mismo, también en su mayor parte omitido en la ópera. Finalmente, el barbero logrará eludir el cumplimiento del contrato al descubrirse que Marcelina es su madre. Una vez desvelado el parentesco y evitado el incesto, Marcelina se casará con el padre de éste, Bartolo, y será la segunda boda que se celebre. De este modo pasa a convertirse en una fiel aliada de su futura nuera, como previamente Susana lo ha sido de la condesa Rosina. Surge entre ellas un fuerte vínculo, que impedirá con éxito que el conde ejerza el derecho de pernada.

Da Ponte restringirá en el libreto buena parte de la carga política del texto, como el escarnio público y la humillación del conde, la correlativa astucia de su criado, o la exitosa alianza de los personajes femeninos. Así, limita la ópera a cuatro actos, siendo cinco los de la pieza teatral, deja fuera el monólogo de Fígaro y las escenas más relevantes del juicio de Marcelina. El libreto también realiza sustituciones significativas, como la figura del juez Bridaganso, Don Gusman

Brid'oison en su nombre original, personaje en el que Beaumarchais parodia a un juez llamado Goëzman que había fallado en su contra años atrás (Acto III, escenas XII a XV de la comedia, omitidas en la ópera). En su lugar incorpora a un notario, Don Curzio (Acto III, escena V del libreto), que es quien dicte la sentencia que después ratificará conde “-¡Bravo Don Curzio!-”.

La ópera eludió así incorporar los elementos que simbolizaban más claramente un juicio contra el Antiguo Régimen, para centrarse en las relaciones de los personajes, en su caracterización y su psicología, posiblemente mucho más interesantes para Mozart.

Vemos cómo el erotismo de sonrisas y reverencias, marcado por los enredos amorosos y la confusión de roles, está presente en toda la ópera: son dos las bodas que finalmente se celebran en unidad de acto; asistimos a la relación, digamos controvertida, entre Susana y el conde y que ésta no parece rechazar del todo para lograr burlar sus intenciones; o a la promiscuidad de Cherubino, que corteja tanto a Barbarina como a Susana o a la propia la condesa: “(...) or di fuoco, ora sono di ghiaccio... / ogni donna cangiar di colore, / ogni donna mi fa palpitar”. Nada refleja mejor la pasión de Cherubino por las mujeres que las palabras de su aria dirigida a Susana: “¡Feliz tú que puedes verla cuando quieres, que la vistes por la mañana, que la desnudas por la noche, que le pones los broches, los encajes...! (Acto I, escena V del libreto). Paradójicamente, será al propio Cherubino a quién desnuden Susana y la condesa para disfrazarlo de mujer (Acto II, escena III), un claro cambio de identidades no desprovisto de ambigüedad sexual. Por estos motivos, muchos han visto en Cherubino un personaje acentuadamente licencioso, que podría representar al amor libre en estado puro, rol siempre interpretado en la ópera por una mezzosoprano, de aspecto masculino pero con voz femenina. Ya hemos anticipado que este paje, que desoye las órdenes del conde de abandonar sus dominios y que se deja disfrazar de mujer, tendrá un hijo ilegítimo con la condesa en la tercera parte de la trilogía. La presunta infidelidad de la condesa estaba ya presente en *Le Marriage de Figaro*, pero fue omitida por Beaumarchais en la versión final de la comedia.

En definitiva, en la ópera mozartiana, el conflicto parece alejarse de lo marcadamente político para centrarse en la condición humana, en la complejidad de los deseos y en los anhelos de sus personajes, que comprometen a su manera la integridad de sus sentimientos. Al final, el juego de identidades, el intercambio de roles masculino y femenino, o las férreas alianzas femeninas para neutralizar el poder del conde, nos ofrecen una versión tan contemporánea de la ópera mozartiana como la que supo anticipar Beaumarchais antes de la Revolución Francesa.

3. Los conflictos jurídicos de la trama

Se puede decir que en *Las bodas de Fígaro* se encuentran las bases de determinados principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, como la libre voluntad de las partes para contraer matrimonio, el principio de igualdad de los contrayentes y, por ende, la igualdad entre hombres y mujeres; el derecho a la investigación de la filiación y a la determinación de la paternidad; las obligaciones dimanantes de los contratos y su cumplimiento; y como no, el derecho a un proceso judicial justo y a un juez natural predeterminado por la ley. Vamos a analizar cada uno de estos puntos según se desarrolla la trama.

3.1. El matrimonio en las óperas mozartianas como pieza clave de la transformación social

La libre voluntad para contraer matrimonio, que ahora nos resulta un principio esencial de cualquier ordenamiento jurídico, parece estar más presente en la ópera mozartiana que en el propio texto de Beaumarchais. Este principio es el que aparece indiciariamente en la escena I del libreto, en contraposición a la obligación asumida por Fígaro de casarse con Marcelina, que conculca su libertad, aunque finalmente la incumpla. Vemos cómo, en la comedia, la restricción a la libre voluntad de Fígaro de casarse con su prometida tiene una importancia incluso superior al futuro enlace. En cambio, en la ópera, lo relevante y motivador es sellar el pacto matrimonial de Fígaro y Susana, asumido voluntariamente por los futuros contrayentes, frente a ellos mismos y frente a terceros.

Así, la primera escena de la ópera comienza con Fígaro midiendo la habitación que les ha cedido el conde, donde apenas cabe la cama: “Cinco... diez... veinte... treinta y seis... cuarenta y tres...” -referido a la unidad métrica en pies-, y que es el dormitorio que los futuros contrayentes pretenden amueblar. En la última escena del mismo acto, sin duda una de las más importantes del libreto, Da Ponte da entrada a un coro que no aparece en el texto de Beaumarchais, todos vestidos de blanco, y que llegan para ser testigos del casamiento. Frente ellos, nos encontramos la sorpresa inicial del conde “¿Qué es esa comedia?”, su posterior enojo “¡Diabólica astucia!”, y finalmente su intento de retrasar la boda para lograr su objetivo. El conde no duda en mentir: “Os prometo cumplir la ceremonia, sólo pido una breve demora”. Mientras, ordena que busquen a Marcelina y que ésta ejecute la promesa de matrimonio frente a Fígaro para impedir el casamiento.

Los testigos van a repetir los mismos versos hasta en dos ocasiones -antes y después de escuchar las palabras del conde-, que habrían de servir para sellar el compromiso ya formal de los contrayentes: “Jóvenes alegres, esparcid flores, ante

el noble nuestro señor. Su gran corazón os conserva intacto de la más bella flor, el divino candor... y de la noche de bodas” (Acto I, escena VIII, inexistente en la comedia). El compromiso puntualiza que la más bella flor -Susana- va a conservarse intacta hasta después de la propia noche de bodas. En la misma escena, Fígaro, que acude junto con el coro con un vestido blanco en el brazo, le recuerda al conde que abolió el “derecho tan ingrato para quien bien ama”, refiriéndose al derecho de pernada, y que las bodas “ya se han establecido”, debiendo el conde cubrir con una “blanca vestidura, símbolo de honestidad” a su prometida Susana, “gracias a vos inmaculada”, es decir, gracias a que el conde ha renunciado, al menos en apariencia, a su derecho feudal.

Es difícil saber con certeza el motivo de introducir en este Acto I el coro, pero la incorporación de los testigos parece una sutil referencia realizada por Da Ponte al Decreto sobre el matrimonio -el *Ehepatent*- del emperador José II de Habsburgo, publicado el 16 de enero de 1783, que entró en vigor el 1 de noviembre de ese año. Este decreto es posterior al texto de Beaumarchais -recordemos que la comedia se publica en 1778-, pero anterior al estreno de la ópera en Viena en 1786.

Este decreto, que se completaría con otro del mismo emperador de 11 de mayo de 1786 sobre derechos sucesorios, contenía diversos principios básicos que probablemente inspiraron alguna de las modificaciones del libreto. En primer lugar, el matrimonio se convertía en un contrato de naturaleza civil, fruto de la libre voluntad de los contrayentes, no forzoso. No se introducía el concepto de matrimonio civil, sino solo la naturaleza contractual civil, ya que seguía siendo necesaria la presencia de un sacerdote, católico, protestante u ortodoxo, como requisito “esencial” para celebrarse.⁵ En segundo lugar, dejaba de requerirse la autorización de los padres para contraerlo, aunque en el texto de Beaumarchais, Fígaro habla de pedir permiso a sus padres para evitar cumplir una promesa anterior de matrimonio, que finalmente incumple. Por último, el decreto requería que hubiera testigos del casamiento, lo que explicaría la introducción del coro al final de la escena I del libreto, como testigos del contrato matrimonial.

Este Decreto, a mi juicio, venía a introducir los principios inspiradores del matrimonio de la burguesía frente a los criterios *de la aristocracia*, cuyo fundamento se encuentra en las denominadas reglas de galantería, el dinero de las

⁵ Andrea Griesebner, “Marriage jurisdiction in the Habsburg monarchy: Transition from ecclesiastical to secular courts and gender-related implications”, *Annales de démographie historique*, 140:2 (2020), pp. 31-34.

partes y la clase social de los contrayentes. Mozart entiende bien ese cambio de paradigma y prioriza en la ópera el libre compromiso de los contrayentes por amor, el pacto social que asumen los personajes y el cumplimiento de sus obligaciones legales.

La idea de Mozart de que el matrimonio debía contraerse libremente por amor, y no por circunstancias impuestas u otras consideraciones, está documentada en alguna de sus cartas a su amigo Gottfried von Jacquin -4 de noviembre de 1787- en las que desvela su amor por Aloysia Weber, que su padre Leopoldo rechazaba por ser de inferior clase social.⁶ Así, en *Ascanio in Alba*, estrenada en 1771 en conmemoración de las bodas en Milán del Archiduque Fernando, hijo de la emperatriz María Teresa, el personaje de la ninfa Silvia, que representa alegóricamente en la ópera a la futura esposa del Archiduque, María Beatrice Ricciarda d'Este, permanece leal a su amado con principios tales como “la fortezza, il candor, l'amor, la fede”, en los que Mozart fundamenta el triunfo de la pasión y de la fidelidad conyugal.

El matrimonio por amor también es traído por Mozart como emblema de un nuevo contexto político y social en *Lucio Silla* (1772), el último de sus trabajos compuestos para Milán. En esta ópera, el dictador y general romano Silla deja de comportarse como un tirano, y permite el doble matrimonio entre Cecilio y Giunia, y entre Cinna y Celia, como eje del cambio social de Roma y la liberación de los políticos exiliados. De forma similar sucede en *Idomeneo* (1781), donde el amor hace que Idomeneo, metáfora de la crueldad, abdique el trono tras oír la voz del oráculo, y permita que en su lugar reinen Idamante e Ilía, bendecidos por el dios del amor y del matrimonio. Ellos serán, con su firmeza y coraje, los que rescaten a Creta como símbolo de renovación social y de reconciliación del pueblo. Por último, en *Il re pastore* (1775), compuesta por Mozart sobre un libreto de Metastasio para la visita a Salzburgo del Archiduque Maximiliano, el pastor Aminta debe elegir entre el trono o su amor por la ninfa Elisa, permitiendo finalmente Alejandro Magno la unión de ambos, que se escenifica en el aria “L'amerò, sarò costante”.

No obstante, será en una obra de inspiración masónica como *La flauta mágica* (1791) donde la “nueva pareja”, formada por Tamino y Pamina, represente la fuerza inconmensurable de la unión tras haber superado las duras pruebas

⁶ Cesare Fertonani, “Le Nozze di Wolfgang: About the Meaning of Marriage in Mozart’s Operas”, en Filippo Annunziata y Giorgio Fabio Colombo (eds.), *Law and Opera* (Cham, Springer, 2018), pp 119-132.

impuestas; donde la luz de Sarastro, que representa *el bien* y está personificado en un varón, triunfe sobre el mal, que es la oscuridad, simbolizada por la Reina de la Noche; y donde el matrimonio es concebido como un auténtico sacramento de amor conyugal pleno, en el que la mujer es complementaria del hombre y a la vez esencial en dicha unión, ya que es gracias a Pamina, y solo por ella, que Tamino supera con éxito las pruebas a las que ambos han sido sometidos.

Pero en *Las bodas de Fígaro*, además de reforzarse el enlace matrimonial -que se contrae por partida doble, ya que se trata de dos generaciones muy separadas en el tiempo pero relacionadas entre sí- el énfasis radica en la transformación personal que van experimentando los personajes según avanza la ópera, cuyo desenlace final no solo es el triunfo del amor, sino sobre todo, el de la razón.

El triunfo de lo racional frente a la sublimación de las pasiones lo encontraremos también en *Così fan tutte* (1790) “Así hacen todas” (las mujeres) o “La escuela de los amantes”, cuyo título proviene precisamente de una frase del personaje de Basilio en *Las bodas de Fígaro*, cuando el conde Almaviva descubre que Cherubino está cortejando a la condesa Rosina. Está será la tercera y última ópera del tándem Da Ponte-Mozart, y posiblemente la más incomprendida. Relata el amor iniciático de dos jóvenes parejas, formadas por las hermanas Dorabella y Fiordiligi con los oficiales napolitanos Ferrando y Guglielmo, respectivamente. Este amor de juventud es puesto a prueba por los soldados -mediante una apuesta en la que se intercambian las parejas con engaño-, y tras la que se verán obligados a perdonar el adulterio de sus prometidas. Todo el peso de la trama descansa en este ardid, y los cuatro protagonistas aceptarán el futuro enlace matrimonial en un final agrídulce, no desprovisto de sentido común y de razón. Algunos autores han relacionado este intercambio, con el hecho que poco tiempo antes, Mozart hubiera dejado de cortejar a su enamorada Aloysia Weber y, por motivos no aclarados, se casase finalmente con su hermana Constanze.

3.2. La promesa incumplida de matrimonio

Otro de los aspectos jurídicos importantes que recoge la obra de Beaumarchais y que aparece en la ópera es la promesa de matrimonio.

En nuestra actual regulación, la libertad para contraer matrimonio y el principio de igualdad de ambos cónyuges implican que la promesa de matrimonio no suponga ninguna obligación de contraerlo, y ni siquiera de cumplir con lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración -ex Artículo 42 del Código Civil-. De dicho incumplimiento sólo nacería la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos en que hubiese incurrido en consideración al matrimonio prometido -Artículo 43 CC-. El propio concepto de matrimonio proyectado ha

ido evolucionando desde el derecho romano -*sponsio*- hasta el momento presente, en donde los “esponsales de futuro” ni siquiera son reconocidos como negocio jurídico, carecen de fuerza vinculante en nuestro Código Civil.⁷ Al contrario, la obligación jurídica entendida con pleno rigor formal que describe Beaumarchais, y que será la escenificada en la ópera supone una situación muy distinta.

El Acto II de la ópera termina -escena XII- con la manifestación de Marcelina de querer ejecutar frente a Fígaro un contrato que contiene “una promesa de matrimonio acompañada de un préstamo de dinero”: “Un compromiso nupcial tiene ese hombre conmigo contraído y pretendo que ese compromiso, conmigo deba cumplir”. Obligación ya enunciada desde el Acto I escena III del libreto: “Fígaro será mi marido”. Es decir, lo que Marcelina pretende es ejecutar la obligación de Fígaro de casarse con ella. Exige una satisfacción que debe ser cumplida personalmente por éste. La escena XII del Acto II de la ópera continúa con Bartolo señalando que él ejercerá la defensa de Marcelina en el juicio: “Yo, nombrado abogado suyo, vengo a llevar su defensa; las legítimas pretensiones aquí vengo a manifestar”, mientras el conde a su vez señala: “Yo estoy aquí para juzgar” -recordemos que el libreto omite la figura del juez y en su lugar introduce a un notario-, y por último, Basilio será quién actúe como testigo de la existencia del contrato: “Yo, como hombre de todos conocido, vengo aquí para testimoniar del prometido matrimonio con préstamo de dinero.”

Toda la argumentación jurídica acerca de la validez del documento y su ejecución está, por desgracia, omitida en el libreto, pero por su relevancia y para mejor comprensión de la trama es preciso comentarlo en este punto. Así, en el Acto III, escena XV de la comedia, después de reconocer Fígaro la validez del título, manifiesta querer actuar en su propia defensa, lanzando una terrible andanada contra los abogados:

El uso, maese Doblemano, es a menudo un abuso; el cliente algo instruido siempre conoce mejor su causa que ciertos abogados a quienes, sudando frío, desgañitándose grito pelado y conociendo todo, menos el caso, da lo mismo arruinar al litigante que aburrir al auditorio y hacer dormir a estos señores (...), yo expondré el caso en pocas palabras.

Bartolo lee a continuación el contrato:

Yo, el abajo firmante, reconozco haber recibido de la señorita, etc..., Marcelina de Verdepinta, en al cantillo de Aguas Frescas, la suma de dos

⁷ Encarnación Abad Arenas, *La ruptura de la promesa de matrimonio* (Madrid, Marcial Pons, 2014).

mil piastras fuertes acordonadas, suma que le devolveré a su requisitoria; y me casaré con ella en prueba de mi gratitud, etc.

Firmado *Fígaro*, sin más. Mis conclusiones son el pago de la deuda y la ejecución de la promesa, con costas. (*Declama*).

Y *Fígaro* argumenta entonces que ha habido “malicia, error o distracción en la forma en que se ha leído el documento”, puesto que “en el escrito no se dice *suma que le devolveré y me casaré con ella*, sino *suma que le devolveré o me casaré con ella*, lo cual es muy distinto”. Bartolo insiste en su argumento, y que en el documento figura la conjunción copulativa “y”, lo que obligaría a *Fígaro* a casarse con Marcelina en todo caso, pero *Fígaro* sostiene que es la conjunción disyuntiva “o”. El Juez Bridaganso ordena a *Doblemano* que lea el documento para aclarar la situación, y éste observa que hay “un borrón” sobre la conjunción. Bartolo finalmente cede y acepta la existencia de una “o” en el papel.

En consecuencia, *Fígaro* es condenado por el conde a pagar “dos mil piastras fuertes a la demandante, o bien a casarse con ella en el día”, y estupefacto manifiesta que no podrá hacerlo sin el consentimiento de sus padres. Al mostrar un jeroglífico tatuado en su brazo, se descubre el secreto parentesco entre Marcelina, Bartolo y *Fígaro*: madre, padre e hijo, respectivamente. La agnición sobreviene en la ópera casi sin preparación, al contrario de lo que sucede en la comedia, donde Beaumarchais le dedica varias escenas.

Lo que finalmente impide cumplir a la obligación contenida en el contrato no es la edad de Marcelina frente a la de *Fígaro* -casi el doble-, o la absoluta imposibilidad de tener hijos, sino la amenaza de un incesto, lo que motivó severas acusaciones de inmoralidad sobre la obra, siendo censurado el texto también por este motivo. Vemos, no sin perplejidad, cómo, para la moralidad de la época, la supuesta inmoralidad de la comedia provenía más de la posibilidad de un matrimonio entre madre e hijo, finalmente evitado, y no de las intenciones del conde de ejercer el derecho de pernada sobre Susana.

Además, el descubrimiento de que *Fígaro* es hijo suyo -concebido sin estar casada- dota a Marcelina de una humanidad sin parangón que le lleva a cambiar su comportamiento. Es un momento de especial intensidad operística que nos hace reflexionar sobre un conflicto tan actual como es la importancia de la identidad y derecho a investigar el propio origen. No en vano, *Fígaro*, que nunca se ha sentido un criado, descubre ser hijo de un médico y un ama de llaves, abandonado en una inclusa tras ser robado al nacer. Marcelina hace entonces un alegato en defensa de la condición femenina, y a favor de la no cosificación de la mujer,

que bien podría considerarse protofeminista. Este pasaje de la comedia (Acto III, escena XVI) fue omitido no solo en la ópera, sino también en las representaciones de la comedia en París, por ser considerado “escenas de moralidad severa”, de alto contenido subversivo, y cuya censura tuvo que soportar el autor. Beaumarchais explicaría en el prefacio de la publicación que lamentaba mucho la supresión de esta escena, en el que Marcelina se alza “vivamente” contra los hombres que desprecian y mancillan a las mujeres para gritar:

¡Hombres más que ingratos, que mancilláis con desprecio a los juguetes de vuestras pasiones, a vuestras víctimas! ¡Es a vosotros a los que hay que castigar por los errores de nuestra juventud; a vosotros y a vuestros magistrados, tan envanecidos por el derecho a juzgarnos, y cuya culpable negligencia permiten que nos arrebaten todo medio honesto de subsistencia! ¿Hay algún estado para las jóvenes descarriadas? Tenían un derecho natural a trabajar en todo lo que atañe a las ropas de mujer: y sin embargo permiten que se formen en esas tareas mil obreros del otro sexo.

Concluye su alegato en la comedia con una defensa también de las mujeres de la clase alta:

Ni siquiera en las clases más elevadas obtienen las mujeres de los hombres más que una consideración irrisoria; engañadas con respetos aparentes, ¡viven una servidumbre real, tratadas como menores en cuanto a nuestros bienes, castigadas como mayores por nuestras faltas! ¡Ah, desde cualquier punto de vista, vuestra conducta hacia nosotras causa horror o lástima!

El único comentario que encontramos en la ópera de esta encendida defensa es en el Acto IV, escena IV, donde Marcelina señala que:

Las mujeres defendemos nuestro sexo de los desagradecidos hombres que sólo piensan en oprimirnos. (...) Sólo nosotras, pobres mujeres, que amamos tanto a nuestros hombres, somos tratadas por esas desleales criaturas con tanta crueldad.

La crítica al *sistema judicial* del Antiguo Régimen era tan evidente, que, por ello, el Acto III de la comedia fue parcialmente excluido del libreto y no solo la escena XVI con el alegato de Marcelina. Da Ponte omite el personaje de Bridaganso, un Juez “con toga”, que nunca se desprende de su atuendo -“por las formas, ya veis, ¡las formas!”-. Su ropa en la obra de teatro -siguiendo las instrucciones de Beaumarchais cuando fuese representado- era una toga de juez

español, casi una sotana, de enorme peluca, golilla o alzacuello, así como una larga varita blanca en la mano que es el atributo de los representantes de la Justicia. El personaje de Doblemano, también omitido en la ópera, va vestido como el Juez, pero su varita blanca es más corta. Bridaganso “ha comprado su cargo” (Acto III, escena XIII de la comedia) para poder juzgar un “pleito doméstico”, definido así por el conde. Y rechazará algo tan esencial como las pruebas escritas del proceso, siendo además el Juez un personaje tartamudo, que evidencia su propia incapacidad.

En definitiva, la comedia nos presenta a un Juez semi-incapaz, que rechaza las pruebas escritas cuando él mismo tiene problemas de dicción, que compra su cargo para poder juzgar -como dice la propia Marcelina “¡qué gran abuso que los vendan!” refiriéndose a ello-, y que necesita acudir ataviado de toga, gran peluca y alzacuellos español para imponer su autoridad. Se trata además de un juez parcial, cuya sentencia deberá ratificar el conde, que actúa con un claro conflicto de interés: tendrá la última palabra para condenar a Fígaro al pago de la deuda, lo que efectúa sin dudarle, y así entregar a la novia el dinero que su prometido necesita, y que ésta acceda a sus favores.

3.3. Derecho de pernada o *ius primae noctis* o “le droit du seigneur”

El tercero de los aspectos de transcendencia legal en la ópera es el derecho de pernada, el cual aparece de forma recurrente. Este supuesto derecho feudal consistía en otorgar a los señores el privilegio de pasar la noche de bodas, o *primae noctis*, con la mujer de sus siervos recién convertida en esposa, como gesto de vasallaje. No obstante, no hay prácticamente referencias por escrito, lo que ha llevado a algún autor a entender que no existió como tal derecho, ni tampoco su regulación, siendo un uso o costumbre, de expresión oral, existente solo en determinados territorios feudales. Denunciar al señor hubiera supuesto poner de manifiesto la pública deshonra de la mujer y de la familia, y más aún, la cobardía de sus esposos, padres o hermanos para vengar su honra, lo que podría explicar la ausencia de testimonios escritos.

El *ius primae noctis* se alude en la comedia y en la ópera desde el comienzo. En el Acto I, escena I de la comedia, Fígaro se refiere a la abolición efectuada por el conde dentro de sus dominios: “Lo sé tanto que si el señor conde, al casarse, no hubiera abolido ese vergonzoso derecho, nunca me habría casado contigo en sus dominios”. Pero, en la ópera, lo que Fígaro manifiesta tiene un matiz diferente: “¡Cómo! En sus feudos, ¿no lo ha abolido ya el conde?”, es decir, se omite la manifestación de Fígaro que, de haberlo sabido, nunca se habría casado con su prometida en los dominios del conde. En cambio, la respuesta de Susana es muy homogénea: “Pues bien, si lo abolió, ahora se arrepiente, y es con tu prometida

con quién hoy pretende rescatarlo en secreto” -en la comedia-. Y, “Sí pero ahora está arrepentido y parece que quiere recuperarlo conmigo” -en el libreto-.

Es un hecho que el conde intenta seducir a Susana de forma reiterada y además intenta sobornarla, pero también es cierto es que en ningún caso recurre a la violencia, ni siquiera de soslayo. Así en el Acto III, escena III del libreto, Susana le dice a Fígaro “Calla. Sin abogado has ganado ya la causa”, al haber accedido supuestamente a pasar la noche con el conde para que le entregue la dote que permita saldar la deuda con Marcelina.

Otro hecho cierto es que Fígaro tampoco contesta recurriendo a la violencia, sino que responde al conde con más ironía y astucia que él, incluso con una habilidad extrema. No sabemos si el motivo de que Beaumarchais no incluyese un duelo final entre el conde y Fígaro se debió a su diferencia de estatus, ya que, al tratarse de un criado, no era pensable que estuviese adiestrado en el manejo de la espada -si acaso en el puñal-, o simplemente porque Beaumarchais quiso mantener el tono de una comedia bufa. Lo que sí sabemos es que el registro vocal del conde en la ópera es más agudo que el de Fígaro, quizás para transmitir la idea de que el poder -representado un barbero barítono-, lo tenía su criado.

Resulta curioso que en *Las bodas de Fígaro* la descripción del personaje del conde Almaviva sea más benévola que la de *Don Giovanni* (1787) -segunda ópera de Mozart con Lorenzo Da Ponte-, ya que éste último sí mata en duelo al Comendador, padre de Doña Anna, cuando este pretende salvaguardar la honra de su hija. Esta segunda ópera, de las tres que harían Mozart y Da Ponte, representa de forma clara el enfrentamiento con la autoridad, aunque Don Giovanni tampoco logre ejercer el derecho de pernada con la campesina Zerlina, siendo su final completamente trágico, frente a lo sucedido en aquí.

En *Las bodas de Fígaro*, la persecución reiterada a la que es sometida Susana a lo largo de toda la ópera, desde el punto de vista del derecho actual, a mi juicio, no podría ser considerado en modo alguno como un delito de agresión sexual, ni tampoco de violencia ejercida frente a una mujer, sino que estaríamos ante un tipo específico de acoso continuado, y/o de la compra de favores sexuales mediante dinero. Muy distinto a lo que muchos autores han entendido como derecho de pernada propiamente dicho, que es el referido básicamente a las violaciones de mujeres llevadas a cabo en su primera noche de bodas.

3.4. El monólogo de Fígaro

No podemos concluir este breve análisis de *Las bodas de Fígaro* sin detenernos en el duro monólogo que Fígaro pronuncia en la escena III del Acto V de la comedia, el cual desaparece casi por completo del libreto de Da Ponte. En él

ataca el derecho de pernada y otros privilegios feudales, manifestando de manera patente las ideas que convertirían esta obra en un texto prohibido en gran parte de la Europa: “¡Porque sois un gran señor, os creéis gran genio!... ¡Nobleza, fortuna, rango, cargos, todo eso anima vuestro orgullo! ¿Qué habéis hecho para merecer tantos bienes? Os habéis molestado en nacer y nada más. Fuera de eso, sois un hombre de lo más vulgar!”.

Fígaro critica también la falta de libertad de prensa:

En Madrid se ha establecido un sistema de libertad sobre la venta de las producciones que abarca incluso a las de prensa; y que, con tal de que en mis escritos no hable ni de la autoridad, ni de la religión, ni de la política, ni de la moral, ni de los funcionarios, ni de los organismos influyentes, ni de la ópera, de los demás espectáculos, ni de nadie con algún poder, puedo imprimir libremente lo que quiera bajo la inspección de dos o tres censores.

En la ópera, parte de los planteamientos de Fígaro se encuentran diseminados a lo largo del libreto, pero en la comedia, cuándo pronuncia su célebre monólogo ya no está solo en la escena, sino que lo acompañan Susana, Marcelina y Antonio, una agrupación en público que bien pudiera entenderse como un alegato colectivo, no exclusivo del propio Fígaro.

Da Ponte suprimió este monólogo, sustituyéndolo en su mayor parte, por un aria de venganza que canta Fígaro sobre los esposos que se encuentran en su misma situación:

Abrid un poco esos ojos, hombres incautos y necios! Mirad estas mujeres, mirad lo que son. Estas llamadas diosas de los sentidos engañados, a las que tributa incienso la débil razón, son hechiceras que nos encantan para hacernos sufrir; sirenas que cantan para ahogarnos; coquetas que seducen para desplumarnos, cometas que brillan para quitarnos la luz. Son rosas espinosas, son zorras graciosas, son osas benévolas, palomas malignas, maestras de engaños, amigas de crear dificultades que fingen, que mienten, que no sienten amor, no sienten piedad, ¡no, no, no, no! El resto, el resto no lo digo, ya cada cual lo sabe.

No es de extrañar que Las bodas de Fígaro siga siendo, más de doscientos años después de su estreno, una de las óperas más representadas en todo el mundo. El inmenso talento musical de Mozart, austríaco, sirve para subrayar la valentía y oportunidad del texto de Beaumarchais, francés, todo ello aderezado por la picardía y el sentido escénico de Da Ponte, italiano. La Europa ilustrada late en

esta obra. Los autores se muestran buenos observadores de la vieja Europa y han intuido certeras señales de nuevos tiempos. Nuevos tiempos que tienen tanto un alcance político, como jurídico, como en la vida de cada día. La aristocracia de cuna cede el paso a la burguesía del trabajo, la arbitrariedad autoritaria deja paso al ordenamiento jurídico, las voluntades y anhelos de cada persona luchan por ser reconocidos y ejercidos frente a la imposición de clases y estamentos.

Atendiendo a sus aspectos jurídicos -y hablando de forma coloquial- *Las Bodas...* “da en el clavo”, al situar el matrimonio como la institución en que confluyen los distintos conflictos sociales e individuales. El matrimonio por amor como ejercicio libre voluntad de los contrayentes, la promesa de matrimonio, el derecho de pernada, el valor de un proceso judicial justo, incluso el intercambio de roles masculino y femenino, o las férreas alianzas femeninas ya eran temas relevantes en la Europa de hace doscientos años. Y en todos ellos se plantea machaconamente la condición de la mujer.

¿Cabe encontrar un escenario más actual? Bienvenida, pues, cada nueva representación de *Las Bodas de Fígaro*.

MAYORÍA DE EDAD Y DEPENDENCIA ECONÓMICA

Excma. Sra. Doña María-Cristina Chárlez Arán
Académica de Número

I. Introducción

El tema indicado en el título es muy amplio, por lo que centraré el objeto de este estudio, plateando el tema de hijos mayores de edad que dependen económicamente de los padres y conviven con ellos, pero en concreto una cuestión muy específica:

Hijos mayores de edad dependientes económicamente y que continúan cursando estudios en Centro Escolar, y por tanto se plantea si el hijo- alumno mayor de edad cursando estudios no universitarios- puede vetar o limitar el acceso de los padres a conocer las calificaciones de dichos hijos.

II. Legislación general.

Previamente realizaré una introducción sobre la legislación general, y en dicho sentido acudiendo en primer lugar a la Constitución Española ¹ (en adelante C.E.):

El artículo 18 determina: (...) *1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)*

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

¹ Publicado en: «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.; Entrada en vigor: 29/12/1978; Departamento: Cortes Generales Referencia: BOE-A-1978-31229

Y en relación con ello, el artículo 27:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. (...)

Igualmente dentro de esta legislación general acudiremos al Código Civil (en adelante CC)², art 142- 153 y referenciamos aquí en concreto:

Artículo 142.- Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. (...)

Artículo 143: Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes.

(...)

Artículo 145.- Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.; Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.; Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél.

(...)

Artículo 148.- La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se

² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en: «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Entrada en vigor: 16/08/1889; Departamento: Ministerio de Gracia y Justicia Referencia: BOE-A-1889-4763.

abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.; Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.; El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades.

Y ya en concreto, el Código de Derecho Foral Aragonés (en adelante CDFA)³:

Artículo 66.- Contribución personal del hijo.: *Mientras el hijo viva con la familia tiene el deber de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida propia de su edad y de su condición vital, sin que por ello tenga derecho a reclamar pago o recompensa.*

Artículo 69.- Gastos de los hijos mayores o emancipados.: *1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.; 2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.*

Artículo 70. Convivencia con hijos mayores de edad.: *La dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres. Los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente y contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Los padres podrán exigir del hijo el cumplimiento de esa obligación.*

III. Objeto del estudio.

Así por tanto, y centrándonos en el tema indicado, en principio podemos exponer que se mantiene el deber por parte de los progenitores de mantener a los hijos si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera com-

³ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Publicado en: «BOA» núm. 67, de 29/03/2011. Entrada en vigor: 23/04/2011; Departamento: Comunidad Autónoma de Aragón; Referencia: BOA-d-2011-90007.

pletado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los indicados gastos. Pero como he indicado, en concreto estamos ante la situación de hijos mayores de edad que todavía se encuentran cursando estudios en centro escolar y por tanto si los padres siguen manteniendo y sufragando los gastos, nos preguntamos si dichos progenitores pueden solicitar información al centro.

Nos podemos encontrar con que el hijo haya dado instrucciones al centro para que no facilite información y en tal caso, estamos ante conflicto en cuanto a los art. 18.4 y 27 de la C.E (que antes hemos referenciad). El hijo puede dar indicación al Centro escolar, a fin de que solo le sean facilitadas a él las calificaciones y que no las pongan en conocimiento de los padres (ello en relación con la Ley de protección de datos). Esta situación se ha planteado en relación con la legislación aplicable, y por ello previamente nos debemos retrotraer a la Ley orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación⁴.

Dicha norma contiene en su Disposición Adicional 23^a previsiones relativas a los datos personales de los alumnos, pero ello es para legitimar su tratamiento por el centro en el desarrollo de su función educativa y orientadora, así como cesiones dentro del sistema educativo, pero sin embargo no habilita la comunicación de las notas del alumno mayor de edad a sus padres. En concreto debemos exponer el texto de esta Disposición Adicional sobre datos personales de los alumnos:

- 1. Los centros docentes podrán recabar los datos personales de su alumnado que sean necesarios para el ejercicio de su función educativa. Dichos datos podrán hacer referencia al origen y ambiente familiar y social, a características o condiciones personales, al desarrollo y resultados de su escolarización, así como a aquellas otras circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para la educación y orientación de los alumnos.*
- 2. Los padres o tutores y los propios alumnos deberán colaborar en la obtención de la información a la que hace referencia este artículo. La incorporación de un alumno a un centro docente supondrá el consentimiento para el tratamiento de sus datos y, en su caso, la cesión de datos procedentes del centro en el que hubiera estado escolarizado con anterioridad, en los términos establecidos en la legislación sobre protección de datos. En todo caso, la información a la que se refiere este apartado*

⁴ Publicado en: «BOE» núm. 106, de 04/05/2006.; Entrada en vigor: 24/05/2006; Departamento: Jefatura del Estado Referencia: BOE-A-2006-7899.

será la estrictamente necesaria para la función docente y orientadora, no pudiendo tratarse con fines diferentes del educativo sin consentimiento expreso.

3. *En el tratamiento de los datos del alumnado se aplicarán normas técnicas y organizativas que garanticen su seguridad y confidencialidad. El profesorado y el resto del personal que, en el ejercicio de sus funciones, acceda a datos personales y familiares o que afecten al honor e intimidad de los menores o sus familias quedará sujeto al deber de sigilo.*
4. *La cesión de los datos, incluidos los de carácter reservado, necesarios para el sistema educativo, se realizará preferentemente por vía telemática y estará sujeta a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal. En el caso de la cesión de datos entre Comunidades Autónomas o entre éstas y el Estado, las condiciones mínimas serán acordadas por el Gobierno con las Comunidades Autónomas, en el seno de la Conferencia Sectorial de Educación.*

A la vista de ello, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), acude a la legislación general del CC antes indicada⁵ (en concreto art. 142 -153 CC. En este sentido, La AEPD, teniendo claro que los ascendientes están obligados a alimentar a sus descendientes (art. 143), cita el artículo 142, que incluye dentro del concepto *alimentos* “*la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*”.

Y por lo tanto indica, que el Código reconoce expresamente la obligación de los padres de facilitar a sus hijos los gastos relativos a su educación e instrucción. En este sentido, procedo a señalar que el Código Civil se refiere a los gastos de educación y no a los de escolarización, de forma que podría considerarse comprendido en este concepto no sólo el abono de los gastos relacionados con la matriculación en un centro educativo del beneficiario de los alimentos, sino igualmente aquellos gastos que resultasen necesarios para obtener la educación e instrucción perseguida, tales como los de desplazamiento o, en su caso, alojamiento del beneficiario del derecho. De este modo, aun cuando nos encontrásemos ante un supuesto de gratuidad en lo que corresponde a los gastos inmediatamente

⁵ Exponemos en el texto los artículos del CC, si bien, ya he expuesto en el apartado de Legislación General los artículos que son aplicables en el CDFa: *Título III De las relaciones entre ascendientes y descendientes. Capítulo I y Capítulo II.*

referidos a la escolaridad cabría igualmente considerar como vinculados a la educación del menor los gastos que fueran precisos para la adecuada atención por el mismo de su actividad académica.

En consecuencia, debemos recordar que, incluidos los gastos de educación en el concepto de alimentos establecido en el Código Civil, artículo 149 que indica “*el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos*”.

Por este motivo, en cuanto el mayor de edad residiera con sus progenitores y estos corriesen a cargo de los gastos familiares cabría considerar que existe una presunción favorable a la aplicación de estas normas como legitimadoras del acceso a las calificaciones.

Pero se plantea el problema dado que el artículo 148 del Código Civil establece que “*La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*”. Quiere ello decir que, aun cuando los gastos de educación del hijo mayor de edad sean sufragados por los padres esa contribución no podría considerarse incluida en sentido estricto en el ámbito del Código Civil, que exige una previa acción de reclamación de alimentos, sino que derivaría de las relaciones familiares que vinculan a padres e hijos y que, fuera del sometimiento a las normas reguladoras de la patria potestad⁶, - en Aragón Autoridad Familiar⁷- no estarían sujetas a un régimen jurídico específico salvo en los supuestos en que se solicitase judicialmente la ayuda alimenticia.

⁶ Artículo 154 CC: *Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.; La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.; Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.; 2.º Representarlos y administrar sus bienes.; 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.; Si los hijos o hijas tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.; Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.*

⁷ Artículo 59 y concordantes CDFA. Art. 59 Padres con hijos menores.: *Los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de:* a) *Velar por él.; b) Visitarlo y relacionarse con él.; c) Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo.*

Por otra parte, la cuestión planteada requiere una respuesta que permita aclarar la solución que haya de darse a la misma con un suficiente grado de generalidad y no puede ignorarse que las disposiciones del Código Civil reguladoras de la deuda alimenticia podrían no ser de aplicación a todos los supuestos en que los padres, indistintamente, solicitan el acceso a las calificaciones de sus hijos.

En este sentido, como ya se ha reproducido, el artículo 142 del Código establece la obligación de alimentos para sufragar los gastos de educación e instrucción del mayor de edad “*cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*” y puede darse el supuesto de que sea la propia conducta del hijo mayor de edad la que implique una prolongación en el tiempo de su situación educativa.

Por otra parte, y aun cuando la regla general sea la contribución proporcional de ambos progenitores a la deuda alimenticia, conforme al párrafo primero del artículo 145 del Código Civil, puede darse el supuesto en que los gastos de alimentos únicamente sean sufragados por uno de los progenitores, bien por concurrir la situación de urgente necesidad establecida en el párrafo segundo de dicho precepto, bien por incumplimiento de sus obligaciones por parte de uno de los progenitores o por el hecho de que únicamente proceda, conforme al artículo 145 párrafo tercero, a uno o a los dos progenitores sufragar la deuda alimenticia de los hijos sometidos a su patria potestad (en Aragón Autoridad Familiar) en detrimento de los hijos mayores de edad.

Finalmente, no cabe tampoco ignorar que en determinados supuestos podrían no concurrir los requisitos que dieran lugar a la aplicación de las normas reguladoras de los alimentos, de forma que el hijo mayor de edad es quien corre a cargo de sus propios gastos educativos, sin intervención alguna de sus progenitores, lo que impediría, con carácter general, el acceso a los datos de las calificaciones por parte de éstos

Existen ya dos informes de la AEPD: Informe 0441/2015 AEPD, existiendo ya un informe previo solo respecto a la universidad (27/06/2014). Y en este sentido se expone que se debe acudir a Directiva 95/46/CE, en concreto art.7.f).

Según el indicado art.7.f) se determina en el mismo “*los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por (...) el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado (...)*”.

Debemos añadir que La Directiva 95/46/CE fue derogada por el Reglamento (UE) 2016/679 de 27/04/2016 (Reglamento general de protección de datos –

RGPD). Así por tanto: El art.6.1.f) del Reglamento tiene una redacción casi idéntica al art.7.f) de la Directiva 95/46/CE:

Para determinar si procede la aplicación del precepto debe aplicarse una regla de ponderación valorando si en el supuesto existe un interés legítimo perseguido por el tercero que prevalezca sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección según el art.1 Ley Orgánica de Protección de datos⁸ (en adelante LOPD); Remite al art.10.2 a) del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999 (R.D 1720/2007 última actualización)⁹, que en concreto determina:

“(...) será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando:

a) Lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y (...) cuando concurra uno de los supuestos siguientes:

(...) tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados (...).”

En relación a ello, se debe analizar si, aunque las normas del Título VI Libro I del CC no supongan en todos los casos una habilitación legal, existe un interés legítimo de los progenitores en conocer las calificaciones que pueda prevalecer sobre el derecho de los hijos a que estas no sean accesibles amparándose en sus derechos a la intimidad y protección de datos (art.18 CE).

IV. Breve conclusión

La conclusión se encuentra vinculada con la obligación de los progenitores de facilitar los gastos de educación a sus hijos; se permite el acceso pero es limitado exclusivamente a las calificaciones.

⁸ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; Publicado en: «BOE» núm. 298, de 14/12/1999.; Entrada en vigor: 14/01/2000; Departamento: Jefatura del Estado; Referencia: BOE-A-1999-23750.

⁹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Publicado en: «BOE» núm. 17, de 19/01/2008.; Entrada en vigor: 19/04/2008; Departamento: Ministerio de Justicia; Referencia: BOE-A-2008-979.

Debemos añadir que fue dictada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE de 24 de noviembre de 2011) que apoya este efecto.

En consecuencia, se deben estudiar las circunstancias de cada caso; de acuerdo con el art.6.4 de la L.O. 15/1999 “*en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal*”. Es decir, cuando se demuestre que no concurren los elementos que general la presunción de interés legítimo prevalente se debe denegar el acceso. Esto ocurriría, por ejemplo, si el descendiente cubre sus propios gastos de educación.

Podemos por tanto determinar que de acuerdo con la normativa señalada, especialmente el Reglamento 2016/769 (UE) en relación con el Reglamento de L.O. 15/1999 y el Título VI del Libro I CC (o en el caso de Aragón aplicable el CDFA: Título III De las relaciones entre ascendientes y descendientes. Capítulo I y Capítulo II) se entiende legítimo el interés de un progenitor en conocer las calificaciones de su hijo si cubren ellos los gastos de educación de este.

LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y MEDIACIÓN

Excmo. Sr. D. Fermín Hernández Gironella
Académico de Número

En primer lugar, se hace preciso explicar el título de esta conferencia.

¿Por qué contraponer la violencia sobre la mujer a la mediación?

Porque llama la atención que la introducción de la mediación en el ámbito del derecho penal, que ha sido impulsada por el Derecho Comunitario, y que nuestra legislación considera como un derecho subjetivo de la víctima, esté únicamente prohibida en el ámbito de los delitos sexuales, y también en el ámbito de la violencia de género, cuando ha sido incluso propiciada institucionalmente en delitos de mayor gravedad, como la violencia terrorista.

La idea de esta conferencia surge de un artículo de opinión publicado en el periódico El País, suscrito por Carmen Guil, magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona y miembro destacado del Grupo Europeo de Magistrados por la mediación (GEMME ESPAÑA)¹, con motivo de la entrada en vigor de la Ley de garantía integral de la libertad sexual (la llamada Ley del solo sí es sí), donde se lamentaba y criticaba, con argumentos razonados y razonables, la prohibición absoluta de los procedimientos de mediación que se contiene en la misma.

Como quiera que mi discurso de ingreso en esta Academia, allá por el año 2009, versó precisamente sobre la mediación penal, se me encomendó elaborar un pequeño estudio sobre la cuestión y este es el resultado.

No voy a tratar de desarrollar nuevamente una ponencia para justificar las ventajas que, a mi juicio, y al de muchos otros, se derivan de la aplicación de la

¹ Guil Roman, Carmen: "Las víctimas deben poder hablar con sus maltratadores". Artículo publicado en el diario "El País", el 7 de diciembre de 2022

mediación en el ámbito del derecho penal, sino a realizar una breve exposición, para enunciar el problema que constituye el título de este trabajo, analizar la legislación vigente, y tratar de desarrollar, de forma sintética, las razones que se dan a favor y en contra de esta prohibición, para permitir la formación de un juicio crítico sobre su conveniencia.

Voy a dividir la exposición en cuatro apartados

1. En primer lugar, si estamos en el ámbito de la mediación en el derecho penal, es preciso recordar unos conceptos básicos sobre la mediación, en general, y sobre la mediación penal, en particular
2. El segundo hay que referirse necesariamente a las disposiciones legales sobre materia y la prohibición de aplicarla, tanto a la violencia de género como a la violencia sexual
3. En tercer lugar, expondré las razones que se dan para justificar la prohibición, y razones por las que entiendo, no solo yo sino también un buen número de juristas, entre ellas la autora de ese artículo que ha servido de estímulo a este trabajo, que dicha prohibición resulta equivocada.
4. Finalmente, hare una breve referencial, al proceso penal de menores, que constituye una excepción a la regla general.

Pasemos, por tanto, a desarrollo de estos puntos.

INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PENAL²

a) La mediación en general

La mediación, en el ámbito de los conflictos jurídicos intersubjetivos implica sustituir la heterocomposición, donde la solución al conflicto viene impuesta por un tercero, ajeno a los contendientes y en una relación vertical de superioridad respecto de los mismos, por la autocomposición, donde son los propios contendientes, quienes, a través de un acuerdo de voluntades tratan de resolver el conflicto

La mediación se presenta así como una alternativa a la progresiva judicialización de la vida social, que no pretende sustituir la función judicial, porque

² El contenido de este apartado esta basado esencialmente en en mi discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y legislación, titulado “Judicialización y mediación: de la justicia retributiva a la justicia restaurativa”, pronunciado el día 6 de Febrero de 2009.

indudablemente la decisión judicial ha de mantenerse como “ultima ratio” en la resolución de los conflictos, pero si añadir nuevas vías en la resolución de los mismos, que permitan sacar del ámbito judicial un número importante de ellos, mejorando de esta forma la actividad de Juzgados y Tribunales y aumentando, en definitiva, el grado de satisfacción de los ciudadanos.

Podemos hablar de dos clases de mediación: una mediación extrajudicial, que se produce antes de que el conflicto tenga entrada en el ámbito de los órganos jurisdiccionales y al margen de éstos; y de una mediación intrajudicial, que tiene lugar cuando la contienda judicial está ya en marcha, y que busca precisamente desactivar aquella.

La mediación intrajudicial tiene cabida en todos los ámbitos jurisdiccionales:

En el ámbito de la jurisdicción civil, esta forma alternativa de resolución de conflictos tiene un campo de aplicación muy amplio.

Especialmente indicada resulta la mediación en el Derecho de Familia, donde se manifiesta, a mi entender, como el método más adecuado para la resolución de estos conflictos, que llevan consigo un coste humano y social muy elevado.

Este tipo de mediación contribuye en buena medida a evitar situaciones de violencia, que pueden derivarse de la frustración que produce la ejecución forzosa de determinadas medidas consiguientes a la separación o a divorcio.

Pero también es de aplicación común en el Derecho Laboral e incluso en el campo del Derecho Administrativo.

b) la mediación penal

El proceso penal supuso un importante avance en la evolución social, ya que determinó la desaparición de la venganza privada como medio de resolución de conflictos y el tránsito de un sistema de autotutela a otro de heterocomposición, en el que el Estado monopoliza el ejercicio del derecho a castigar aquellos comportamientos que lesionan los bienes jurídicos, sometiendo éste al imperio del Derecho

Sin embargo, cabe preguntarse si el proceso penal en su concepción actual responde a las expectativas de quienes participan en él, y la respuesta debe de ser negativa.

Los actores de proceso penal son esencialmente dos: la víctima, que busca en el proceso penal no solo una reparación material, sino también lo que podríamos denominar una reparación inmaterial o espiritual que se viene en denominar la

recuperación del sentimiento de seguridad; y el infractor, de quien se pretende que expíe la infracción cometida mediante el cumplimiento de la pena, y en última instancia se aparte de la senda del delito, reparando el daño causado y reinsertándose en la sociedad.

Pues bien, el proceso penal en el modo en el que está actualmente concebido no suele cumplir con las expectativas que tanto uno como otro tienen puestas en él.

Respecto del infractor, el sistema de justicia retributiva parte de la premisa de que el infractor tiene plena libertad para decidir sobre su conducta y por ello debe responsabilizarse por completo de las consecuencias de la misma, lo que, en muchas ocasiones, choca frontalmente con la visión de que existen múltiples elementos, personales y socioeconómicos que lo condicionan, limitando su capacidad de decisión.

En tales circunstancias, el infractor, sujeto pasivo de la pena y receptor del castigo, lejos de responsabilizarse del hecho e identificarse con la víctima, tiende a ocupar a su vez el papel de víctima de un sistema que le desposee de su libertad e intimidad, que deteriora sus relaciones afectivas, y que en definitiva le priva de sus proyectos y expectativas de futuro, con lo que la posibilidad de obtener la reparación del daño causado a la víctima y la reinserción social del penado es ciertamente remota.

Por su parte, la víctima ha sido la gran olvidada del proceso penal.

Siendo la principal protagonista del mismo, curiosamente aparece en muchas ocasiones apartada de él.

Los objetivos que el proceso penal se propone respecto a la víctima, que anteriormente han sido enumerados, rara vez son cumplidos:

Respecto de la reparación del daño, quienes diariamente estamos en contacto con el proceso penal comprobamos que la reparación material del daño causado se muestra como un objetivo difícilmente alcanzable debido a la frecuente situación de insolvencia en que se encuentran los penados y los escasos medios con los que cuenta la Administración de Justicia para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito

Pero si difícil es que la víctima obtenga la reparación material de los daños causados por el delito, es todavía más difícil para ella obtener una reparación moral, lo que anteriormente hemos denominado “recuperación del sentimiento de seguridad”: el delito, además de los daños físicos y materiales genera en la

víctima ansiedad, sentimiento de soledad y sensaciones de inseguridad y de vulnerabilidad.

El sufrimiento por la irracionalidad del daño sufrido, y el miedo por la amenaza de la repetición de una situación traumática similar, difícilmente desaparecen con el proceso penal tradicional, que en pocas ocasiones logra eclipsar en la víctima esas sensaciones.

Frente a este negativo panorama la mediación se presenta como una forma alternativa de resolución del conflicto generado por el infractor, que pretende sustituir un sistema de justicia vindicativa por un sistema de justicia restaurativa

La justicia restaurativa es la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo y el encuentro personal entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.

La mediación es el instrumento de la justicia restaurativa

Para la víctima, con independencia de la pena que se imponga al infractor, le va a permitir tener una intervención relevante en el proceso, lo que va a evitar esa denominada “victimización secundaria” que se produce por la marginación que sufre en el proceso penal tradicional.

Le va a permitir también obtener una reparación del daño causado que difícilmente obtendría por las vías tradicionales, ya sea una reparación “in natura”, una indemnización, o incluso una reparación de carácter simbólico; y lo que es más importante, le va a posibilitar la recuperación del sentimiento de seguridad: conocer los motivos de su agresor y obtener del mismo no solo su disculpa, sino la certeza de que el ataque a sus bienes jurídicos no se va a volver a producir.

Para el infractor la mediación le va a permitir ponerse en el lugar de la víctima, percibir sus miedos y sus sufrimientos, y ello, sin duda, facilitará el reconocimiento del hecho (que es la premisa de la mediación) y la búsqueda de fórmulas para lograr la reparación o satisfacción de aquella. Al propio tiempo esta actitud le reportará beneficios en cuanto posibilitará la aplicación suspensión de la pena. eludiendo la estigmatización y la consolidación de los factores criminógenos que usualmente conllevan las penas privativas de libertad, lo que, en definitiva, favorecerá su reinserción social, que es el fin al que deben tender las penas, en aplicación del art. 25 CE

REGULACIÓN LEGAL DE LA MEDIACIÓN PENAL

La legislación comunitaria contiene múltiples referencias a la mediación en el proceso penal, pero en mi caso, solo voy a referirme a dos disposiciones, porque me parecen las más relevantes.

1. Recomendación nº R (99)19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros a los Estados Miembros en materia penal, que establece los principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal:
 - Libre consentimiento de las partes. La mediación penal es siempre voluntaria, para ambas partes.
 - Confidencialidad. Las entrevistas del mediador con las partes, o de estas entre sí, debe permanecer reservado, tanto para terceros como para el órgano judicial encargado del caso. Solo trascenderá el acuerdo, si llega a producirse.
 - Gratuidad. El proceso de mediación es siempre gratuito.
 - Disponibilidad en todas las etapas del proceso de justicia penal, tanto en fase de instrucción como en la fase intermedia, e incluso durante la ejecución de la pena.
 - Autonomía, respecto del sistema de justicia penal. Los mediadores, aun cuando realizan una función institucional, deben ser ajenos al órgano judicial encargado de conocer del proceso.
2. Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima Artículo 10

Mediación penal en el marco del proceso penal

- i) Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.
 - ii) Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.
3. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

El art. 3 establece que las víctimas tienen derecho a acceder a los servicios de justicia restaurativa.

El art. 5 refiere el derecho a la información sobre servicios de justicia restaurativa disponibles

El art. 15 regula los servicios de justicia restaurativa

Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

Ya vemos por tanto que existe una legislación europea que impone la mediación penal, que se ha transpuesto a la ley nacional, que considera la mediación como un derecho de la víctima.

PROHIBICIONES DE MEDIACIÓN

1. El art. 44 de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial para crear los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer, en el orden penal, de los delitos relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de

hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

Pues bien, en su apartado 5 prohíbe a estos juzgados, la mediación en todos los casos. En este caso la prohibición vendría referida a la fase de instrucción, de la que conocen estos órganos.

2. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en su Disposición final 11^a, apartado 1 modifica el apartado 1 del artículo 3, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, para garantizar la protección

El citado precepto dispone: “ (...) toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, *en su caso, de justicia restaurativa*, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género”.

No deja de ser paradójico que lo que primero se reconoce como un derecho de la víctima, se convierta en una prohibición para ejercerlo en determinados supuestos.

Y sorprende, además, porque siendo estos delitos graves, no son los más graves. Ya hemos dicho que desde las instituciones se ha propiciado la mediación, por ejemplo, en la violencia terrorista.

RAZONES DE LA PROHIBICION

Es curioso comprobar cómo en la exposición de motivos de la ley de protección integral de la violencia de género, ni tampoco en la de garantía de la libertad sexual, se da ninguna razón para justificar esta prohibición, por lo que tendremos que acudir a los artículos doctrinales para conocer cuál es la base jurídica que justifica tales prohibiciones.

1. La primera objeción que se opone a la mediación penal, con carácter general, es que se identifica como **una forma de evitar el proceso penal** a través de un acuerdo entre el infractor y la víctima.

Se dice que con la mediación el Derecho Penal pierde su carácter preventivo intimidatorio, lo que se convierte en un factor criminógeno al transmitir al infractor la idea de que, con una simple reparación simbólica puede saldar la infracción, y que se instrumentaliza a la víctima buscando el beneficio del delincuente.

Pero esta idea no se ajusta a la realidad. La mediación no puede prescindir del Derecho Penal, sino que precisa del mismo para poder definir la existencia del delito, la figura del infractor y la de la víctima.

El principio de legalidad penal exige que quien comete un delito reciba la pena como justo castigo.

La mediación penal no es un mecanismo al margen del proceso penal, ni pretende sustituir al mismo, sino que tan solo se configura como un mecanismo complementario para la solución del conflicto dentro del sistema

La pena es la consecuencia necesaria del delito y no puede ser eludida por un acuerdo privado entre las partes, porque el proceso penal resulta indisponible para éstas; pero no es menos cierto que este acuerdo va a acarrear consecuencias beneficiosas para ellas, a las que ya hemos hecho referencia:

La mediación no implica privatizar el conflicto, no supone la exclusión del proceso penal sino una modulación de sus efectos, para beneficiar, por una parte a la víctima, que debe obtener una satisfacción en la misma (la reparación del daño y la recuperación del sentimiento de seguridad) y por otro lado al ofensor, le permitirá la posibilidad de obtener ventajas a la hora de la individualización de la pena, o beneficios penales o penitenciarios, una vez impuesta la misma, facilitando su reinserción.

2. En la violencia de género, y, por ende, en las agresiones sexuales, se genera **una relación de poder y sumisión** entre maltratador y víctima, estableciendo un desequilibrio que impide la mediación. Así, no sabríamos si hay voluntariedad en una mediación en que una de las partes, la víctima, puede estar sometida a la otra

En primer lugar, hemos de decir que esa relación de subordinación, supone una relación previa, que no siempre existe.

Esta objeción responde a un paternalismo pernicioso³, y a una concepción que podríamos considerar como “machista”, que considera a la mujer víctima como desvalida e irremediabilmente subalterna, que necesita una tutela permite

³ **Álvarez Martínez**, Verónica. ¿Por qué está prohibida la mediación en los supuestos de violencia de género?. *Discusion Juridica*. 2020.

de estado, y este planteamiento, lo que hace precisamente es limitar la libertad de la mujer para gestionar sus conflictos, y, en definitiva, su propia vida pues la mediación es un proceso voluntario y libre.

Por tanto, si, como señala Verónica Álvarez, *si lo que se pretende es empoderar a la mujer, que mejor forma que reconociendo su soberanía para gestionar el conflicto y pretender la satisfacción de sus intereses y necesidades de reparación vía mediación.*⁴

*El veto legal a la mediación supone infantilizar a la víctima*⁵

En ningún caso, la agredida va a enfrentarse en solitario a la mediación, sino que en todo el proceso va a estar acompañada por un mediador profesional, con formación suficiente, que debe de garantizar la seriedad y la voluntariedad de la negociación

3. Para algunos autores, la mediación en violencia de género puede contribuir al **incremento de las cifras de retirada de denuncias**.

Parten de la consideración de que la denuncia es un acto de afirmación de la autoestima y de reparación del daño causado por el agresor, que además favorece la propia seguridad de la víctima, por lo que la mediación puede frustrar los beneficios de la denuncia.

La denuncia no cabe ser retirada porque las actuaciones en esta materia se siguen de oficio, independientemente de la denunciante se aparte del proceso y se sigue el juicio hasta la sentencia.

Como dice Martínez Sánchez⁶, del hecho de que una denuncia sea retirada no cabe extraer la consecuencia de que haya una minoración de la autoestima de la víctima, sino que responde al deseo de paralizar un procedimiento que tal vez produce una nueva victimización, o a múltiples razones.

Entiendo que determinados supuestos, más leves, la institucionalización del conflicto, a través de la intervención policial y judicial, resulta conveniente, porque aflora el conflicto, pero las consecuencias que se derivan de la mismas no siempre resultan adecuadas: la imposición del alejamiento forzoso, incluso contra la voluntad de la víctima, puede llevar a magnificar un conflicto más o menos

⁴ Alvarez Martinez. Obra citada.

⁵ Guil Roman. Obra citada

⁶ Martínez Sanchez, Cristina. Nuevos espacios de mediación en Aragon. Coord. Jose Luis Arguendo Peris Comuniter 2021.

trivial, que podría solucionarse a través de un acuerdo asistido de las partes, a través de la mediación.

En segundo lugar, la interposición de una denuncia no es garantía de seguridad de la víctima, pues como la realidad nos demuestra, desde la entrada en vigor de la Ley de 2004, se han incrementado exponencialmente las denuncias, pero no se ha producido una disminución tan relevante una disminución de las agresiones graves y muertes de mujeres a manos de sus parejas

4.- En los casos de violencia de género, y de agresiones se establece, como medida cautelar, la **prohibición de comunicación** del condenado con la víctima, por tanto, sería imposible la mediación mientras estén vigentes estas penas.

En primer lugar, reiterando lo dicho anteriormente, he de decir que la imposición forzosa del alejamiento de manera forzosa, en contra de la voluntad de la víctima, aun cuando puedan tener la finalidad, loable, de proteger a ultranza la seguridad de la mujer agraviada, producen el efecto colateral de perpetuar el conflicto entre las partes, con el riesgo cierto de que se pueda volver a reproducir

La imposición del alejamiento forzoso atenta contra la libertad individual, y como en el caso referido anteriormente, responde a una concepción “paternalista”, que considera a la mujer víctima como desvalida necesitada de la tutela del estado.

Por otra parte, esta es más bien una objeción de tipo práctico que sería fácilmente solventable, porque, en primer lugar, el proceso de mediación no supone en principio un enfrentamiento “cara a cara” entre el agresor y la víctima, sino que comienza con entrevistas por separado entre el mediador y las partes, donde debe de cerciorarse de la disposición de las partes y que es lo que cada una de ellas pretende obtener en el proceso.

Tampoco creo que existiese inconveniente en llevar a cabo la mediación a través de reuniones individuales de la persona mediadora con cada una de las partes, a fin de resolver el conflicto y tomar acuerdos con estas por separado

Finalmente, tratándose de una mediación institucional, tampoco creo que existiese impedimento legal en que el juez competente, dejase sin efecto temporalmente la orden de alejamiento, para llevar a efecto la mediación.

Desde posiciones más radicales se sostienen otras objeciones⁷

⁷ ⁷ Pérez del Campo Noriega, Ana Maria: “Sin sufterfugios, donde hay violencia, no cabe mediación. Union de Asociaciones familiares. 2011.

5. La implementación de prácticas restaurativas **trivializa las manifestaciones de este tipo de violencia**, lo que supondría la descriminalización de la violencia machista restando eficacia a los logros que se habrían alcanzado.

6. **No se puede mantener la neutralidad** ante un cuadro de violencia de género, pues ello supone en tomar partido por el agresor, favorecer su impunidad y colocar a la víctima en una situación de riesgo para su vida, favoreciendo la continuidad de la violencia

7. La **mediación en violencia sólo beneficia al que la ejerce**, porque sigue sometiendo a la víctima a un daño más contra su dignidad.

La disculpa es una estrategia frecuente de los maltratadores para seguir con el abuso, pudiendo encarnarse esta en la mediación

Estamos en total desacuerdo con tales planteamientos.

En primer lugar, ya hemos dicho que la mediación no excluye el proceso penal, sino que lo complementa pensando principalmente en la víctima a quien la simple contemplación del castigo del culpable (la retribución) no satisface ni material ni moralmente.

Pero fiar la solución de la violencia de género, o de la violencia sexual, a una solución exclusivamente punitivista, es un error;

Una política que pretende enfrentar la violencia machista exclusivamente desde el ámbito del derecho penal es una política fracasada. Los problemas estructurales, como lo es la violencia de género, no se solucionan con castigos, y es la centralidad del castigo, y la imposibilidad de políticas más allá de lo penal lo que nos ha conducido a una respuesta institucional ineficaz

Esto no lo digo yo, lo han dicho personas comprometidas con el feminismo como son Clara Serra, Patricia Uría o Noemí Parra, en un artículo de prensa publicado en el Diario de El País, titulado “*A propósito de la ley de solo es si: los árboles y el bosque*”⁸

- Decir que no se puede ser mantener la neutralidad en la mediación, cuando se trata de víctimas de violencia de género es, en el mejor de los casos infravalorar la labor de los mediadores.

⁸ Publicado en el diario “El País” del 20 de Noviembre de 2022. Clara Serra ha sido responsable del Área de Mujer e Igualdad (posteriormente Área de Igualdad, Feminismos y Sexualidades) del Consejo Ciudadano estatal del partido político Podemos.

Los mediadores en el proceso penal, aun cuando pueden provenir del ámbito privado, desarrollan una labor en el ámbito institucional, y, por tanto, requieren de una formación previa (normalmente se trata de juristas, criminólogos o psicólogos) que poseen una formación específica en mediación y una homologación de las instituciones donde ejercen su función.

Si acudimos a la página web del CGPJ, al apartado correspondiente a mediación penal, podremos comprobar los convenios suscritos por esta institución con distintas entidades privadas en toda España, para ejercer la mediación penal.

Por otra parte, es claro que el objetivo que los mediadores tienen siempre en mente es el de dar satisfacción a la víctima, por encima de cualquier otra consideración. Por lo tanto, si la satisfacción de la víctima no se consigue, no habrá mediación.

-La mediación no se establece, en ningún caso, en beneficio del agresor sino de la víctima, porque la mediación es un derecho de la víctima, no del agresor

La mediación se establece para que la víctima pueda obtener en el proceso penal, en el que ordinariamente está marginada, una satisfacción, al margen de la simple retribución que se pueda obtener en la contemplación del castigo del culpable:

- La reparación del daño, material o simbólica
- La superación emocional las consecuencias del suceso, ya que la mediación desdramatiza el hecho y al autor:
 - Rebaja de los niveles de ansiedad
 - Desaparición del sentimiento de soledad
 - Liberación de la sensación de inseguridad y supere
 - Desaparición de la sensación de vulnerabilidad que genera el delito,

LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

En primer lugar, hay que destacar que la Ley de garantía integral de ha elevado sustancialmente la gravedad de las medidas que pueden imponerse a los menores en los delitos de los que estamos hablando, donde, de forma imperativa debe de imponerse la privación de libertad, esto es, la medida de internamiento.

Este punitivismo se ha mantenido, en lo sustancial, en la reforma de la misma, operada por Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

No obstante, se mantiene la posibilidad de mediación en este ámbito.

La Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores, contempla la mediación en dos momentos:

1. Mediación previa al juicio.

El art. 19 de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores regula la mediación dentro de los supuestos de sobreseimiento del expediente de reforma por parte del Ministerio Fiscal.

A tenor del citado precepto “podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a *la falta de violencia o intimidación graves* en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además *el menor se haya conciliado con la víctima* o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima, siempre que no se trate de delito grave.

Conforme al artículo 13 del Código penal, por delitos graves debe entenderse aquellos que en dicho Texto se castigan con pena de prisión superior a tres años

A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

En los supuestos que nos ocupan la Ley de Garantía Integral, mantiene la posibilidad de mediación condicionada a que

- la víctima lo solicite expresamente
- el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad.

2. mediación en la fase de ejecución de las medidas

El artículo 51. 3 de la misma prevé que, en cualquier momento del proceso en que se produzca la conciliación del menor con la víctima, se podrá dejar sin efecto la medida impuesta, siempre que el Juez de Menores, a propuesta del

Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Este precepto, que no ha sido reformado, permitiría que, una vez que la medida estuviese en ejecución, se pudiera llegar a una mediación que permitiera dejarla sin efecto, aunque entiendo que deberían darse las condiciones previstas para la mediación previa.

ULTIMAS REFLEXIONES

- La mediación no es, en ningún caso, una forma de eludir el proceso penal ni tampoco de minimizar la sanción por conductas presuntamente delictivas. La mediación solo persigue la reparación de la víctima, en el aspecto material, si es posible, pero, sobre todo, en el aspecto emocional.

- Cuando pensamos en mediación, nos representamos siempre los delitos más graves. Pero el catálogo de delitos de violencia de género o de violencia sexual comprende conductas de menor gravedad, donde la respuesta exclusivamente punitiva resulta contraproducente, pues lejos de solucionar el conflicto, tiende en muchos casos a mantenerlo e incluso prolongarlo, con resultados indeseados.

- Llevamos ya 20 años desde que se dictaron las primeras leyes de protección a la mujer víctimas de violencia, y se ha avanzado mucho en los ámbitos y en los instrumentos para el amparo, pero las cifras, aunque han disminuido, siguen siendo preocupantes. Por ello creo que ya sería el momento de aplicar otras vías, no estrictamente punitivas, para resolver el problema.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Verónica. *¿Por qué está prohibida la mediación en los supuestos de violencia de género?* Discusión Jurídica. 2020.

AUBERT, Beatriz Aubert; GIL, Carmen y PONS, Eugenia: “Una oportunidad a la mediación en violencia de género”. OPEN UP. Barcelona.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; TORRADO TARDIO, Cristina y ALONSO SALGADO, Cristina: “*Mediación en violencia de género*”. Revista de Mediación. Año 4. Nº 7. mayo 2011.

GUIL ROMAN, Carmen: “Las victimas debe poder hablar con sus maltratadores”. Artículo publicado en el diario “El País”, el 7 de diciembre de 2022.

HERNANDEZ GIRONELLA, Fermín Francisco: “*Judicialización y mediación: de la justicia retributiva a la justicia restaurativa*” Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. 2009.

MARTINEZ SANCHEZ, Cristina: “*La prohibición de la mediación en los supuestos de violencia de género: una apuesta por la flexibilidad aplicable a ciertos contextos de violencia*”. Nuevos espacios de mediación en Aragón. Coord. José Luis Argudo Peris. Comuniter. 2021.

PEREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana María: “*Sin subterfugios, donde hay violencia, no cabe mediación*”. Unión de Asociaciones familiares. 2011.

SERRA, Clara; URÍA, Patricia y PARRA, Noemí, Clara Serra, Patricia Uría o Noemí Parra: “*A propósito de la ley de solo es si: los árboles y el bosque*. Artículo publicado en el diario “El País” del 20 de noviembre de 2022.

VIDAL PEREZ DE LA OSA, Ana: “*Por qué no es posible la mediación familiar en supuestos de violencia de género, doméstica o familiar?*” SEPIN. 2019

LA HERENCIA PICTORICA Y TESTAMENTARIA DE FRANCISCO DE GOYA: A LA VANGUARDIA DE LAS VANGUARDIAS EN SU PINTURA Y EN SU SUCESION

Excmo. Sr. D. José Luis Artero Felipe
Académico de Número

I. PRESENTACION. ¿POR QUÉ GOYA?

En el año 2021 se conmemoró el 275 aniversario del nacimiento de Francisco de Goya y Lucientes (Fuendetodos 1746 – Burdeos 1828). Con motivo de los actos de la V Semana Goyesca celebrada durante el mes de septiembre, tuve el honor de participar en el programa especial que RADIO 4G dedicó a este artista aragonés, que fue emitido desde su casa natal en la citada localidad zaragozana.

Como consecuencia de esta intervención, unas semanas después me ofrecieron la posibilidad de asistir a una visita guiada en el Museo del Prado por las salas dedicadas a Goya. Nuestro anfitrión, Licenciado en Historia y en Historia del Arte, hizo una afirmación que llamó poderosamente mi atención: *“como es evidente, en este Museo hay grandes maestros de la pintura, pero Genios con mayúscula solo hay tres: Velázquez, El Bosco y Francisco de Goya”*. De hecho, conocedor de mi condición de abogado y profesor (y aragonés), me explicó que la herencia de Goya presentaba algunos aspectos interesantes, a los que dediqué un breve artículo en la revista *“Standum est chartae”* (nº 21, septiembre 2022), que publica el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. En la citada publicación, hacía referencia a la prolífica herencia pictórica de Goya (y su gran influencia en movimientos pictóricos y artistas posteriores) y, sobre todo, a la problemática jurídica que planteaba su herencia testamentaria, todo ello como un modesto homenaje a su figura. Esa investigación se fue ampliando posteriormente y es lo que quiero compartir con todos los Académicos en esta conferencia.

Se ha destacado la individualidad y singularidad de Goya, que siempre demostró un estilo personal y original, en el tránsito del siglo XVIII al XIX, de la tradición a la modernidad, durante el “siglo de las Luces” o de La Ilustración. No obstante, se trata de una época particularmente convulsa, caótica y revuelta (no solo en la Historia de España), representada por una sociedad *agotada y decadente*, que culmina con la invasión de las tropas de Napoleón y la consiguiente Guerra de la Independencia (1808 – 1814). A la contienda seguiría el tortuoso reinado de Fernando VII, con la vuelta al absolutismo y la profunda crisis social, política y económica que afectó a nuestro país, así como la represión por parte de la Inquisición y del monarca contra determinados escritores, intelectuales y artistas.

A ello hay que añadir la derrota de la armada franco-española en La Batalla de Trafalgar de 1805 y la definitiva pérdida del poder naval de España, así como el inicio de la independencia de las colonias españolas en Iberoamérica que tiene lugar, básicamente, entre los años 1810 a 1825 y marca la definitiva decadencia del Imperio.

En el ámbito internacional, en 1789 se produce la Revolución Francesa con la abolición de la Monarquía y el advenimiento de la República que tuvo consecuencias directas para la dinastía Borbón reinante en España, y en 1776 tiene lugar la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América que Gran Bretaña no reconocería hasta 1783 en el Tratado de Versalles.

Por otra parte, en el contexto estrictamente artístico asistimos al fin del predominio de la denominada Escuela italiana y un hecho transcendental como es que la Iglesia deja de ser el principal cliente (y mecenas) de los pintores.

Goya está considerado como el “primer artista moderno”, **uno de los máximos exponentes de la Historia Arte**, un absoluto maestro, inabarcable por excepcional, con una producción ingente, durante casi 70 años de ejercicio (que alcanza cerca de las 1000 obras si sumamos, cuadros, litografías, grabados, agua-fuertes, etc., teniendo además en cuenta que algunas de sus obras no han llegado hasta nosotros por haberse perdido o ser destruidas durante la Guerra de la Independencia).

Como veremos, es autor de lienzos imprescindibles, verdadera “teología del Arte” o “Catedrales de la Pintura”: “La Familia de Carlos IV” (1804), “El 3 de mayo de 1808 en Madrid” o “Los fusilamientos” (ambos fechados en 1814), por citar algunas. El artista de Fuendetodos “*se mostró tanto más genial cuanto más libre e independiente fue*”: a la vanguardia de las Vanguardias, podemos decir que

es el precursor de varios movimientos artísticos - no solo pictóricos – como el Impresionismo, Realismo, Surrealismo, Existencialismo, Expresionismo, etc... (GUDIOL). También es el primero en aventurar disciplinas como el Psicoanálisis y el Fotoperiodismo (entendido en este caso como crónica social y, sobre todo, periodismo de guerra o de conflictos).

En síntesis, Goya es el claro precursor de casi la totalidad de los “ismos” que surgirían, primero en Europa, y posteriormente en Estados Unidos, a finales del siglo XIX y en particular a principios del siglo XX que abarcaron prácticamente todas las disciplinas artísticas: pintura, literatura, escultura y, por qué no decirlo, también en un arte recién descubierto o inventado: el cine.

Además, nuestro pintor está considerado, sin duda, como uno de los mejores retratistas de todos los tiempos. *Multidisciplinar, polifacético y multifacial*; en expresión de ORTEGA pintó “*todos los temas divinos, humanos, diabólicos y fantasmáticos; en la elección de temas se caracteriza por no haber excluido ninguno*”. Se expresó de diferentes maneras utilizando diversas técnicas, siendo pionero en las que se iban descubriendo (vg. grabados, litografía, miniaturas en marfil, etc...). Para ARUMI “*habría que tacharlo de revolucionario dentro del mundo pictórico como lo fue Beethoven en el musical... los dos genios y sordos*”

Trabajó hasta el último momento de su vida (cabe destacar la mención “*Aún aprendo*”, expresada en el que se tiene por uno de sus últimos dibujos (hacia 1826), ya octogenario, casi como una especie de epitafio). Vemos a un anciano corcovado, totalmente decrepito (que por cierto, no es Goya) sostenido por dos bastones, pero que tiene la humildad y la sabiduría de decirnos que todavía tiene ambición por conocer. También como un precursor, por cierto, de lo que hoy llamamos “envejecimiento activo”, cuestión a la que nuestro Académico de Honor, el Excmo. Sr. D. Ambrosio Aranda de Pastor, (fallecido este año), dedicó una conferencia en el V Congreso de Academias de Derecho y Ciencias Sociales que tuvo lugar en Zaragoza en octubre de 2005.

II. GOYA, MAESTRO DE LA PINTURA UNIVERSAL. HERENCIA ARTISTICA.

Así, dentro de la notable influencia de Goya y la inspiración que ha supuesto para multitud de artistas (no solo pintores, evidentemente), comenzamos por sus primeros cuadros. Tras una desigual etapa de formación (que abarcaría más o menos hasta 1790), podemos decir que sus obras están imbuidas de un espíritu que ciertamente preconiza el movimiento que vendría a llamarse **Realismo** y

que busca la correlación más exacta posible entre el arte y lo que éste plasma. A este respecto, nuestro genio se adelanta en varias décadas al llamado “realismo social”, siendo uno de sus grandes representantes el pintor valenciano Joaquín Sorolla que se adscribió a esta órbita artística entre los años 1891 – 1899 (vg. “La vuelta de la pesca” (1894).

Pueden servirnos como ejemplo, entre otros muchos, “El albañil herido” (1787), “Los leñadores” (1779-80), “La era” (1786-87) o “La obra” o “La conducción del sillar” (1786) que pertenecen a las cuatro series de cartones para tapices (en total unos 60) que fue la primera ocupación de Goya en la Real Fábrica de Santa Bárbara dirigida por el flamenco Mengs, tras su traslado a la Corte en 1775 (y donde permanecería nada menos que 16 años). Estos tapices estaban destinados a decorar las estancias y habitaciones palaciegas, aristocráticas y reales con motivos costumbristas, populares, cinegéticos, lo que permite dotarles de ese carácter “realista”.

Todavía vemos a un Goya en una fase inicial, de experimentación, en unas primeras obras en las que realiza pruebas y ensayos y que, desde luego, no le satisfacía plenamente ni colmaba sus legítimas aspiraciones (lo que le granjeó algunos problemas al no adaptarse a los estrictos cánones que exigía este tipo de obra pictórica). Se advierten algunos errores, fallos y deficiencias, sin ningún proyecto artístico ni ideas claras en cuanto a temas y estilo. Muchos de esos cuadros parecen meras representaciones teatrales, amables, sin ninguna trascendencia; sin embargo, resulta paradójico que para muchas personas se trata de lo más conocido de su producción.

Lo cierto es que, hasta entonces, en palabras de ORTEGA, “*Goya no había hecho nada, ni de lejos, que sepa a Goya*”. Sin embargo, dice, la fuerza del orden establecido y la expresión del genio en ciernes iban a generar un choque inevitable.

En todo caso, se advierte una honda y sincera preocupación por las clases más desfavorecidas, una cierta conciencia social, traducida en la denuncia del abuso en las condiciones laborales y la existencia de numerosos accidentes de trabajo (de hecho se ha querido ver a Goya – quien todavía no se había instalado en Palacio - como una suerte de “profeta de la revolución proletaria”). En aquel entonces surge un incipiente interés por lo que hoy denominamos “*prevención de riesgos laborales*”. Los accidentes, siniestros, etc.. eran situaciones habituales hasta que fue el Rey Carlos III quien legisló sobre estas materias por primera vez por medio de un edicto – ordenanza el 3 de diciembre 1778, con objeto de regular las condiciones de los trabajadores de la Corte, en particular de los albañiles y constructores, ya fuera en trabajos públicos o privados.

Goya también se adelanta a la aparición del **Psicoanálisis** como rama de la psicología médica y al **movimiento surrealista** que aparecen anudados frecuentemente en el Arte. Podemos citar una de sus obras más conocidas: “El sueño de la razón produce monstruos” (1799). Se trata de uno de los denominados Caprichos (con una temática que algunos años después también vamos a encontrar en “Los Proverbios” o “Disparates”). En principio el retratado era el propio Goya (“el autor durmiendo”, dice) que, una vez sumido en el sueño, y dejando fluir los temores de su subconsciente, comienza a ser asediado por monstruos y criaturas nocturnas, murciélagos, quimeras y animales fantásticos que entroncan con las brujas y aquelarres que pintaría en numerosas ocasiones (“Aquelarre” (1798) y (1820) en su última etapa. Esos sueños descontrolados producen pesadillas en un tránsito a lo grotesco y terrorífico. Otros pintores, como por ejemplo Dalí, uno de los máximos representantes del movimiento surrealista, se ocupó de este tema en cuadros como “El sueño” (1937) o “Sueño causado por el vuelo de una abeja alrededor de una granada un segundo antes del despertar” (1944).

Su influencia alcanza igualmente a la literatura: un ilustre dramaturgo español como Antonio Buero Vallejo escribió “El sueño de la razón” en 1970, inspirándose en este Capricho nº 43 (también llamado Sueño nº 1), una de las composiciones destinadas a *“flagelar la ignorancia del pueblo, los vicios de los monjes y la estupidez de los grandes”*. Mientas la razón duerme, los monstruos aparecen y alcanzan su máxima expresión. La obra teatral – al igual que la pictórica casi dos siglos antes – se alza como un grito contra la intolerancia y el totalitarismo. El pintor – afirma el director teatral José Carlos Plaza – se encontraba en una *“época sombría (el absolutismo cruel y asfixiante del monarca Fernando VII) en la que era acosado por sus miedos y obsesiones que plasmó en sus pinturas más oscuras”*, las llamadas pinturas negras, entre otras. Goya y Buero Vallejo, en suma, nos obligan a despertar en una sociedad “soñolienta y aborregada”. Ambos se enfrentaron a los poderes establecidos y sobrevivieron a la sinrazón que a veces representan.

Sea como fuere, Goya se adelanta exactamente en un siglo a Sigmund Freud considerado el padre del Psicoanálisis, y a su obra paradigmática, “La interpretación de los sueños” (1899) que son definidos o caracterizados como mensajes enviados por el subconsciente, cuyo significado resulta posible y conveniente desentrañar (pulsiones sexuales, deseos frustrados, miedos y/o fobias, etc...) y que aparecen en sus lienzos de forma recurrente.

También es el primer **fotoperiodista y, concretamente, periodista de guerra**. Podemos citar **“Yo lo vi”** dentro de la colección conocida como “Los desas-

tres de la Guerra” (1810 – 1814). Se trata de un conjunto de 82 aguafuertes que no se publicarían hasta 1863 (si pudieran proyectarse, una tras otra, como un especie de secuencia, evocarían fotogramas de un terrible largometraje). Fue el “reloj de su tiempo”, testigo directo, en primera persona, de lo que plasma para la posteridad (primero con esta “novedosa” técnica de grabado calcográfico, y más tarde en el lienzo). A diferencia por ejemplo de su “maestro” Velázquez, quien no presenció en persona el asedio y sitio de la ciudad holandesa de Breda (como tampoco ninguna de las batallas que jalonaron la Guerra de los Ochenta Años). Por tanto no estaba presente en la famosa “rendición”, que inmortalizó en el cuadro generalmente conocido como “Las Lanzas” (1625) en que por otra parte, el enemigo es tratado en su derrota con sorprendente respeto y caballerosidad, sin las atrocidades que reflejaría nuestro pintor.

En palabras de TORRALBA *“se sentirá testigo de lo que ve y de cuanto le cuentan y se ve en la necesidad de dar testimonio”*. Pero Goya, como un “heraldo” de su tiempo, anticipa y vislumbra la tragedia que se avecina: como por ejemplo en “Tristes presentimientos de lo que ha de acontecer” en que las sombras y la oscuridad se ciernen sobre un protagonista arrodillado y resignado a su suerte (y posiblemente a su muerte). Con posterioridad, denuncia los crímenes de guerra cometidos por el ejército invasor: “¿Qué hay que hacer más?” (1801 -1814) (cuerpos salvajemente mutilados como una muestra del paroxismo de la degradación y crueldad humanas) o “¿Para eso habéis nacido?” (1810 – 1814) (con un expreso tono de recriminación y acusación, en la que un personaje vomita sobre los muertos ante el espanto que le producen).

Sí, el de Fuendetodos lo ha presenciado, ha estado allí y lo conoce perfectamente. Goya desarrolla entonces su temperamento antibelicista y antimilitarista, quedando profundamente traumatizado por la capacidad de destrucción del ser humano. De este modo con sus “crónicas en forma de cuadros – fotografía” se adelanta en más de medio siglo al norteamericano Mathew B. Brady considerado el padre del “fotoperiodismo” quien, probablemente inspirado en Goya, trató de plasmar primero en daguerrotipo y luego en fotografía, escenas de la Guerra de Secesión Estadounidense y a quienes lucharon y murieron en ella (vid. la exposición en su galería de New York “La muerte de Atietam” de 1863).

Este sentimiento va a reaparecer en dos “cuadros históricos” de encargo, quizá de las más universales de Goya, obras maestras simpar, pintadas ambas en 1814. Nos referimos, evidentemente, en primer lugar a “El 02 de mayo de 1808 en Madrid” o “La carga de los mamelucos”, soldados de caballería egipcios que actuaron al servicio (y a sueldo de los franceses). Los hechos tienen lugar en la

conocida Puerta del Sol tras la provocación por parte del general de Napoleón, Joachim Murat, consistente en desfilarse en la capital el día 1 de mayo, concededor del malestar y del enojo de los madrileños por la ocupación de las tropas galas. Un apuñalamiento fortuito iba a desencadenar la tragedia que describe el monumental lienzo. La composición central de todo el cuadro refleja la violencia de la carga a caballo contra ciudadanos a pie: caos, desorden, figuras retorcidas en posiciones casi imposibles; no se sabe a ciencia cierta quien mata y quien muere.

A la/s carga/s iban a suceder ejecuciones sumarias al día siguiente: El 03 de mayo de 1808 en Madrid” o “Los fusilamientos en la montaña del Príncipe Pío” situada a un kilómetro y medio del centro de Madrid. En “Los fusilamientos...” destaca, sin embargo, una figura central iluminada por un candil, con los brazos extendidos en cruz, en una posición incluso retadora. Si se observa con detalle, en las palmas de sus manos se advierten unos estigmas casi imperceptibles para el espectador (y parece que también para la Inquisición), dotando al ejecutado de una presencia o un aura de mártir, casi “crística”. Algunos Historiadores del Arte han visto una referencia expresa a la Iglesia ya que este personaje aparece ataviado con los colores blanco y amarillo que se corresponden con la bandera del Vaticano. En todo caso, son claramente identificables la figura de un sacerdote y de una mujer, lo que evidencia el carácter indiscriminado de la matanza.

Frente a ellos, distribuido en diagonal, el pelotón de fusilamiento, un ejército francés desdibujado, anónimo, oscuro, sin rostro, como si se tratase de una insensible máquina de matar, que muestra una vez más la sinrazón de unos hombres ejecutados o asesinados a manos de otros, la síntesis de todos los conflictos armados y de todas las guerras. De hecho el cuadro en general casi nos parece un cartel o algún tipo de anuncio en el que no hay héroes identificables, sino tan solo el terror ante la muerte.

El mensaje es tan directo y universal que inspiró a otros pintores como a Edouard Manet en “El fusilamiento de Maximiliano” (1867 - 1869) que recrea la ejecución de Maximiliano I de Habsburgo, Emperador de México. Y casi siglo y medio después de Goya, Pablo Picasso, otro genial pintor, también español, recreó explícitamente “Los fusilamientos...”, en la “Masacre de Sinchón” o “Masacre de Corea” (1951), un cuadro “político” relativamente desconocido, en que el autor denuncia el asesinato de civiles por parte del ejército norteamericano en la citada contienda y que fue convenientemente utilizado como propaganda comunista.

Como hemos afirmado anteriormente, los aguafuertes de “Los desastres de la guerra” se asemejan a fotogramas de una película que, reproducidos conjunta-

mente, recrearían escenas y secuencias. Por ello, Goya también está considerado como el creador de la idea del **cinematógrafo** que los hermanos Lumiere no inventarían hasta 1895 y que el afamado director G.W. Griffith convertiría en una industria en Estados Unidos a partir de “El nacimiento de una nación” (1915).

De hecho, no deja de resultar sintomático que los Premios de la Academia de Artes y Ciencias Cinematográficas de España lleven el nombre de “Goya” (que, por ejemplo, se podrían haber llamado Premios “Buñuel” (el mejor director español de la historia, que ya había fallecido cuando comenzaron a otorgarse en 1984 y, sin embargo, se eligió el nombre del pintor aragonés). La estatuilla con la que se galardona a los ganadores de las diferentes categorías está inspirada en una escultura del Maestro Benlliure que se conserva en el Museo Provincial de Zaragoza.

En relación con el Séptimo Arte, han sido multitud los directores de todas las cinematografías (sobre todo europeos y norteamericanos) que se han inspirado en la obra de Goya. Sirvan como ejemplo, Ridley Scott (que se basó en las pinturas negras para la dirección artística de “Alien el octavo pasajero” (1978) y para la creación del propio monstruo) o Alfred Hitchcock en “Los pájaros”. También se considera deudor de Goya otro genio del cine, el realizador Francis Ford Coppola, quien recurre a los “Los desastres de la guerra” para su obra maestra “Apocalypse Now” (1978), quizá la mejor película bélica. Otro aragonés ilustre, el citado Luis Buñuel, recrea “Los fusilamientos del 03 mayo” en su película “El fantasma de la libertad” (1974). A título anecdótico, podemos citar la producción norteamericana “The naked maja” (1958) nada menos que con Ava Gardner en el papel de la Duquesa de Alba o la exótica “Goya, Ili Tlazkij put Poznaniya” coproducción de las extintas RDA y URSS de 1971.

La figura de Francisco de Goya ha sido llevada al celuloide en multitud de ocasiones (vg. “Goyescas” (1942) de Benito Rojo, “Goya, historia de una soledad” (1970) con Francisco Rabal, encarnando al pintor) y ha conocido adaptaciones a la pequeña pantalla (“Goya”, serie de RTVE de 1985 o “Los desastres de la Guerra” en 1980).

Goya también ha pasado a la posteridad como **retratista** (y como pionero de lo que hoy llamamos “crónica social”) no solo por su trabajo en la Corte o por compromisos oficiales, sino por su obra producto de los encargos privados por parte de particulares (entre ellos la familias nobles, mecenas y protectores, como los duques de Osuna o de Medinaceli y, por supuesto, la Casa de Alba), conocedores del prestigio y reputación del pintor, en ese momento ya indiscutibles, que le permitieron mantener su independencia artística y económica. Ahí es donde

Goya conferirá a este género su personal sello especialmente en los retratos femeninos y de los niños a los que siempre pintó con cariño y ternura (acaso queriendo reflejar su inocencia) y que fue imitado posteriormente por otros muchos pintores.

Se ha destacado que el maestro consigue captar la psicología de los personajes que pinta, llegando a la parte más íntima de su personalidad, pero siendo siempre fiel a la realidad – una vez más entroncando con el “realismo” –, con especial atención a los rostros y en particular a las miradas y las emociones que traslucen. De hecho, existe una monografía de Eugenio D’Ors dedicada a los ojos en las pinturas de Goya.

Retrató a toda la sociedad de su tiempo (y lo que es más importante con independencia de su ideología, adscripción política o incluso bando) teniendo acceso a los personajes más importantes y relevantes de su época: políticos “Ramón Pignatelli” (1790), militares “El general Ricardos” (1793-94), “Manuel Godoy” (1801), intelectuales “Gaspar Melchor de Jovellanos” (1798), empresarios “Bartolomé Sureda” (1804 – 1806), abogados “Don Andrés del Peral” (1798), toreadores “Pedro Romero” (1795 – 98), “Costillares” (1791), actrices como Rosario Fernández “La Tirana” (1791 o 1799), aristócratas “El duque de Alba” (1795), médicos “Goya atendido por Arrieta” (1820), y purpurados de la Iglesia “El cardenal Luis María de Borbón” (1800), etc... Goya pinta a estos personajes porque existieron y los retrata para la posteridad precisamente tal y como existieron.

Y esta es una mención importante, ya que como dejó escrito ORTEGA, la época de Goya se debate entre dos grandes polos o tendencias; uno, el mayoritario, imbuido del casticismo o el “plebeyismo” entusiasta de nuevos espectáculos como el teatro y los toros que generaron grandes debates y enconados enfrentamientos entre los partidarios – a veces entre la propia aristocracia y la nobleza – de distintas actrices (vg. Pepa Figueras y La Tirana) y/o matadores (vg. Pedro y José Romero). Y otro, minoritario, que participaba de las ideas y principios que predicaba la Ilustración, encabezado por conocidos intelectuales, de gustos franceses (por lo que recibieron el calificativo peyorativo de “afrancesados”) como Gaspar Melchor Jovellanos o Leandro Fernández de Moratín. Goya se mantuvo a caballo entre ambos “movimientos”, sin adaptación total a ninguno de los dos y participó de ambos; como decíamos, su pintura es un claro reflejo de ello.

Muy posiblemente, Goya se identificaba con los principios de “libertad” “igualdad”, y “fraternidad” que propugnaba la Revolución Francesa (que había tenido lugar en 1789) y que se habían extendido a la Constitución de los Estados Unidos de América, como una forma de combatir el secular atraso y la ignorancia de la sociedad española (“*No hay cabezas*” afirmaba un resignado Jovellanos),

pero la crueldad de la invasión francesa le produjo un gran desengaño que le acompañaría durante toda su vida.

Entre los numerosos retratos (individuales o colectivos) pintados por Goya destaca, como es natural, “La Familia de Carlos IV” (1808) una magna composición con nada menos que 14 personajes. En primer lugar, se trata de un expreso homenaje a Velázquez, uno de sus maestros: en efecto, como hiciera el pintor sevillano en “Las Meninas” (1656), titulado también como “La Familia de Felipe IV”, Goya se autorretrata en la parte izquierda del lienzo, si bien es cierto que de forma más sutil, menos explícita.

Se trata de un cuadro en extremo controvertido y con diversas lecturas completamente antagónicas. En cuanto a su estilo y distribución, hay que destacar la existencia de tres juegos de luces, sin las arriesgadas perspectivas de “Las Meninas”, en el que da la impresión de que los personajes están en relieve, en “tres dimensiones”, como saliendo o proyectándose del propio cuadro. La familia no posó en conjunto, sino de forma separada, por lo que Goya pudo actuar con relativa libertad. En palabras de GUDIOL *“es una de las obras esenciales de la pintura española, no solamente por plasmar unos personajes y su época, sin por crear un documento humano de primer orden... Tal vez en la humanidad de la obra radica el secreto de su valor”*

El Rey Carlos IV aparece como un personaje regordete, abúlico y bonachón, totalmente secundario, desplazado en la composición por la Reina María Cristina, verdadera protagonista y figura central del enorme cuadro. La monarca agarra fuertemente de la mano al infante Francisco de Padua, con un inquietante parecido con el general Godoy, a modo de una especie de revelación por parte del autor. El futuro monarca Fernando VII, que pasaría a la Historia como el “Rey Felón”, aparece como surgido de las sombras, sin que sepamos si su hermano Carlos María, (que lo abraza por la cintura) lo hace para acompañarle en un gesto fraternal o amistoso, o bien empujándole para ocupar su puesto como de hecho sucedería tras la Guerra de la Independencia. Su prometida es el único personaje cuyo rostro no podemos ver, ya que en ese momento el enlace no había sido anunciado.

Al parecer, el cuadro no tuvo el éxito esperado al no colmar las expectativas, sobre todo de la Reina (que quizá fue la única en comprender el verdadero mensaje), pero en cualquier caso seguiría pintando para la familia real hasta 1802. ORTEGA se preguntaba en el caso de Velázquez acaso lo mismo que podemos plantearnos nosotros también sobre Goya: ¿Cortesano o artista?. En realidad *Goya siempre fue lo que quiso ser.*

No menos polémicos o discutidos son otros dos retratos: “La maja vestida” (1802 – 1805) y “La maja desnuda” (1790 – 1800), éste último uno de más reconocidos, importantes (y enigmáticos) desnudos del arte universal. Hay que destacar que no obedece, como era habitual en la pintura y en el Arte en general hasta entonces, a ningún motivo religioso, mitológico o histórico. Además nos presenta un despojamiento integral (en el que incluso se intuyen las zonas más pudendas); de hecho la misteriosa retratada mira directamente al espectador, desafiante, retadora, orgullosa en su desnudez, “empoderada” en expresión actual. Sea como fuere, nadie se había atrevido a tanto, y este cuadro granjeó a Goya problemas con la Inquisición que abrió un proceso contra el pintor – archivado acaso por la influencia e intercesión de alguna de las poderosas familias protectoras del autor – . De hecho no se conserva la declaración de Goya si es que acaso llegó a producirse.

Se ha especulado con que la retratada fuera Cayetana, la Duquesa de Alba; el cuadro ha sido sometido a técnicas cuasi forenses de reconocimiento facial y se ha comparado su fisonomía con otros lienzos en los que no existe duda de la identidad de la retratada (fue pintada por Goya en varias ocasiones). No existe un dictamen concluyente: el cuerpo y el rostro de la “modelo” no se corresponde con el de una mujer con la edad que tendría la aristócrata en las fechas en las que fue pintado. Por otra parte, la conservadora honoraria del Museo del Louvre, la francesa Jeannine BATICLE, una de las más autorizadas biógrafas de Goya, afirma con acierto que aunque Cayetana de Alba siempre se sintió identificada con las clases más desfavorecidas y que era una persona muy cercana, dejarse retratar de ese modo sería un verdadero exceso y una ruptura con cualquier convencionalismo social, impropio de su elevada posición social.

El hecho de que el cuadro fuera encontrado entre las pertenencias del ríjoso Godoy, reconocido como el “Príncipe de la Paz”, tampoco prueba nada; ambos cuadros estaban pensados para ser intercambiados por un original mecanismo que, al parecer los superponía, de modo que se podía enseñar una versión u otra (vestida o desnuda) en función de a quien se mostrase. Lo que sí es cierto es que, en un primer momento, fue titulado como “La gitana” lo que nos conduce a la figura de Pepita Tudó, amante del citado general (y posteriormente su esposa), que algunas fuentes sitúan como sirvienta en la Casa de Alba.

Goya debió sentir una natural atracción por Cayetana - que aparece en su vida hacia 1795 cuando ya era un pintor consagrado -, sin que fuera necesariamente correspondido por la caprichosa y voluble aristócrata. Pero lo cierto es que la relación debió ser como mínimo de amistad y de total confianza. Al poco de

fallecer el duque de Alba (en 1786), Goya pasa una temporada en el palacio de Medina Sidonia que la familia poseía en Sanlúcar de Barrameda (en la Oficina de Turismo de la citada localidad gaditana no supieron darme razón de dónde está situado exactamente), acompañándola en esos momentos de duelo. La pinta en 1797, enlutada, con mantilla, en una playa en la que señala la arena con el dedo índice, y en la que aparece escrito “solo Goya”. Existe otro retrato de 1795 con idéntico motivo. De hecho, el testamento de la duquesa de Alba redactado en Sanlúcar en 1797, desde luego no prueba una relación amorosa, pero sí de afecto y consideración, pues contiene un legado de diez reales a favor de Goya y su hijo *de por vida*, siendo una de las escasas disposiciones realizadas a personas ajenas a la familia. Cayetana fallecería tan apenas cinco años después, el 23 de julio de 1802.

A este respecto, el maestro también sirvió de inspiración a Sorolla quien representó a algunos de sus ilustres modelos en una actitud de confianza y familiaridad que, entre otros lienzos, encontramos en el “Retrato del rey Alfonso XIII con uniforme de húsar” (1907).

Concluyendo este subapartado, podemos decir que Goya se “autorretrató” en un total de 23 ocasiones (el primero de ellos en 1775, con motivo de su boda, y el último en 1824), en 20 de ellos mostrando su rostro directamente, lo que hoy llamaríamos un “primer plano”. En por lo menos dos de ellos, aparece con otros personajes como en los ya mencionados “La Familia de Carlos IV” (1800) y “Goya a su médico Arrieta” (1820).

Para algunas personas el toreo es un arte cuyas suertes, reglas y normas se encuentran recogidas hoy en día en una enciclopedia llamada “El Cossio”. Goya fue el primero en ocuparse de este espectáculo popular (recuerden el plebeyismo al que hacíamos referencia hace unos párrafos). Goya pinta la serie llamada “**La Tauromaquia**” (1816) un conjunto de unas 30 o 33 estampas (según las fuentes consultadas) que inicialmente estaban destinadas a ilustrar la “Carta Histórica sobre el origen y progreso de las corridas de toros en España” publicada en 1777 por Fernández de Moratín.

Si bien la primera corrida de toros documentada se remonta a una boda real en Saldaña (Palencia) en 1128, la lidia no había comenzado a regularse hasta 1740, primera reglamentación del toreo promovida precisamente por los intelectuales ilustrados que pretendieron reglamentarla y reconocer la figura de los matadores de toros. Se ha llegado a decir (parte del mito que persigue a Goya) que en sus años de juventud toreó en alguna ocasión para obtener recursos con los que poder viajar a Roma y completar su formación. Leyendas aparte, la serie de corridas que se celebra en la plaza de Ronda (Málaga) en el mes de septiembre

sigue recibiendo el nombre de “Goyesca” en homenaje al pintor, y los matadores sustituyen el tradicional traje de luces por los ropajes propios de aquella época.

En los últimos años de su vida (salvo un paréntesis final como veremos), Goya está casi derrotado por la enfermedad (una sordera total y una parálisis) y ciertamente traumatizado por las atrocidades presenciadas en la guerra y las penurias que trajo la misma. En este estado de ánimo no resulta extraño que su pintura se tornase más tenebrosa con temas relacionados con la muerte y el devenir de la vida. No sorprende, por tanto, que Goya sea considerado como un precursor del **Existencialismo** corriente primero filosófica y después literaria, que se plantea el significado de la vida humana y el ejercicio de la libertad individual.

Una de las pinturas negras, “El perro” o “Perro semihundido” (1819) ilustra perfectamente la desesperación del anciano artista. Vemos al animal, un perro de caza que perteneció a Goya, al que literalmente se traga la tierra, enterrado en la arena, (y que ocupa tan solo el 1% del lienzo). En torno a él tan solo el vacío, no tiene escapatoria ni salida posible. Se va a hundir indefectiblemente sin que nada pueda hacerse por el condenado can. Sus ojos saltones, en muestra de angustia se dirigen hacia arriba buscando quizá algún tipo de ayuda; el análisis por Rayos X ha demostrado que en el macizo que se intuye en la parte derecha del cuadro, Goya pintó varios pájaros volando, lo que acrecienta más todavía lo terrible de la escena y el mensaje que entraña: el pobre perro (trasunto de Goya) se hunde mientras las aves tienen escapatoria. “El perro” también se considera un antecedente de la **pintura abstracta**, surgida en la primera mitad del siglo XX, en contraposición al arte figurativo, caracterizada por un lenguaje visual propio (formas, líneas, trazos, colores) de los que Kandinski es su máximo exponente.

Por otra parte, las comúnmente denominadas “pinturas deformes” (no solo las conocidas “pinturas negras”, sino también buena parte de los “Caprichos” y los “Disparates” o “Proverbios”) se han considerado con una avanzadilla del movimiento **Expresionista**. Nacido en Alemania (y que alcanza su mayor esplendor en el cine, en las primeras décadas del siglo XX, con la obra de realizadores con Robert Wiene, Friedrich Murnau, Fritz Lang o Paul Wegener), se identifica por una presentación distorsionada y subjetiva de la realidad en la que predominan los sentimientos y la “expresión” de los mismos (angustia, horror, miedo, soledad, etc...), por encima de la mera descripción o plasmación de lo que el artista capta con sus sentidos. En efecto, algunos de los rostros dislocados, turbados y desencajados, casi infrahumanos, que encontramos en esa etapa pictórica de Goya (vg. “La romería de San Isidro” (1820 – 23), podrían haber servido de inspiración a “El grito” de Edvard Munch pintado en 1893.

Goya concibió las “pinturas negras” en las paredes de diversas estancias y habitaciones de la “Quinta del Loco” en las cercanías de Madrid, en la margen derecha del río Manzanares. La técnica consiste en óleo, perfilado directamente sobre el muro de los dos salones principales de la vivienda. No presentan ningún orden lógico, ni una disposición programada por temática o por cualquier otro criterio. Fueron trasladadas al lienzo por medio de una complejísima técnica llamada revoco, hasta tal punto que según parece se perdieron dos de ellas de un total de 14 que nos han llegado. Goya desengañado y atormentado va a enfrentarse a temas como la vejez o senectud “Dos viejas comiendo sopas”, “Dos viejos en pie”, la muerte y los enfrentamientos civiles “Duelo a garrotazos” (en alusión ya entonces a las dos Españas), la fugacidad del tiempo, la decadencia y la enfermedad “Saturno devorando a su hijo”, temas recurrentes entre los diversos movimientos y autores existencialistas (Sartre, Kierkegaard, Camus, Nietzsche, por citar solo algunos).

Las pinturas negras presentan escenarios de terror o pesadilla, con algunas de las escenas más truculentas y tortuosas de toda la Historia del Arte.

Sin embargo, Goya no iba a despedirse de la pintura con un final tan desasegante; en 1827, tan solo un año antes de fallecer, nos lega “La lechera de Burdeos” que es considerada la primera obra del **Impresionismo**. Goya pinta el retrato de una joven de 19 años que le llevaba la leche en un burro a su casa, por medio de unas pinceladas gruesas y superpuestas, plasmando la luz al instante y que podría haber firmado Van Gogh en sus inicios en Arles (vg. “Cabeza de campesina” de 1884-85).

En una especie de postrero “canto del cisne” cambia de nuevo su estilo, con un *renovado vigor y con una inteligencia preclara*, abandonando los temas escabrosos y asentándose de nuevo en la realidad cotidiana, volviendo acaso a los temas de los tapices (líricos y juveniles) pero con un concepto totalmente nuevo en el que “*la sencillez alcanza un grado tal que toda la sabiduría y técnica del pintor quedan licuados en una obra definitiva y perfecta*” como cierre de la magistral carrera del pintor (TORRALBA).

III. CONTEXTO BIOGRAFICO Y FAMILIAR. LA HERENCIA DE GOYA.

Francisco de Goya y Lucientes nace el día 30 de marzo de 1746 en la pequeña localidad de Fuendetodos, a unos 50 kilómetros de Zaragoza, y muere en Burdeos (Francia) el 16 de abril de 1828, a la avanzada edad de 82 años. Hijo de **Braulio José Goya** (que trabajaba como maestro dorador desde 1739, lo que supuso el

primer contacto con las artes del niño Goya) y **Gracia Lucientes**, viene al mundo en el seno de una familia acomodada o de clase media en algún momento, pero posteriormente venida a menos. Era el penúltimo de seis hijos, siendo el mayor, Tomás, quien “heredó” o sucedió a su padre en el taller, sin demasiado éxito, ya que el negocio familiar terminaría desapareciendo pocos años después, hacia 1775.

Braulio José falleció en 1781. Y, a este respecto, encontramos una mención importante: “*no hizo testamento porque no tenía de qué*”, según relata nuestro pintor a su amigo Zapater en una carta redactada a finales de 1789. Llama la atención que esa mención fuera consignada en el obituario del progenitor de Goya, que fue publicado en la Iglesia Parroquial a la que pertenecía. En cualquier caso, esta mención excluye que, por lo menos, por la línea paterna, Goya hubiera podido recibir bienes que en su momento pudieran considerarse troncales. La casa de Fuendetodos en la que vivían era en realidad propiedad de uno de los tíos del pintor. Por el contrario, no conocemos la fecha exacta del fallecimiento de Gracia, pero debió producirse hacia el año 1786, fecha a partir de la cual ya no existe ninguna referencia en la correspondencia de nuestro pintor.

En cuanto al abuelo paterno, Pedro Goya, nacido en 1669, algunas fuentes lo sitúan como “notario real” y otras como escribano (que no es exactamente lo mismo), en cualquier caso profesiones notables y de prestigio. Por el contrario, la familia Lucientes provenía de la pequeña nobleza como “labradores infanzones”, afincados en Zaragoza probablemente más de una década antes del nacimiento del artista.

Braulio José Goya (casado con) Gracia Lucientes

Rita (1737) Tomás (1739) Jacinta (1743) **Francisco (1746)** Mariano (1750)
Camilo (1753)

A título meramente informativo podemos decir que Jacinta fallece a los 7 años y Mariano muere siendo muy niño. De los hermanos de Goya que llegaron a la madurez, tenemos conocimiento de que Camilo tomará los hábitos, ostentando el cargo de Capellán en Chinchón (Madrid) y muere a la edad de 75 años.

Goya contrajo matrimonio en Madrid, el 25 de julio de 1773, con **Josefa Bayeu**, hermana de Francisco Bayeu (su primer mentor y valedor, quien facilitó su ingreso en la Corte), y a la que sin duda conocía bastante tiempo antes de casarse con ella, instalándose en Zaragoza por un breve tiempo. Tuvo seis hijos, pero tan solo le sobrevivió **Francisco Javier**, precisamente el último en nacer (02 diciembre 1784).

Francisco de Goya (casado con) Josefa Bayeu

Antonio Eusebio María Pilar Francisco de Paula Hermenegilda **Fco. Javier**

Todos los hijos de Goya fallecen al nacer o siendo muy niños. Antonio fue el único que nació en Zaragoza. Los demás nacieron ya en Madrid. Ninguno de ellos, llegó a la edad adulta y, consecuentemente, no tuvieron descendientes. Resulta difícil conocer cuándo fallecieron exactamente los hijos de Goya (al igual que sus hermanos) ya que en aquel entonces hasta pasados los 7 años, no se emitía ningún certificado de defunción: el Registro Civil tal y como lo conocemos no se crearía hasta 1870.

Hay que destacar que cuando Francisco Javier Pedro (Xavier) contaba nueve años, es decir, había llegado a una edad “segura”, (a los cuatro años estuvo a punto de morir por una grave enfermedad y la los seis por culpa de la viruela), sus progenitores destinan 84.000 reales a renta “*sobre la vida de este niño, nacido y acristianado (justo un mes después) en la parroquial de San Ginés de Madrid*”. A consecuencia de este último parto Josefa sufrió unas fiebres que no remitieron en casi un año y que minaron su ya frágil salud. Poco después, sufriría un aborto que le provocó una terrible hemorragia que de nuevo haría temer por su vida.

Javier tuvo un hijo llamado Mariano, fruto de su matrimonio con Gumer-sinda de Goicoechea y Galarza, hija de un importante y acaudalado banquero de Madrid, que tuvo lugar el 4 de diciembre de 1784. MATILLA relata que “*viene la moza dotada con 249.186 reales de los cuales 200.000 son dinero en efectivo*” que fueron entregados a Goya quien los administró y retuvo hasta 1829 en que procedió a su reintegro.

En algún momento a partir de 1790, comienza a firmar como Francisco **de** Goya, coincidiendo con su definitivo ascenso en la escala social, motivado por su nombramiento en 1786 como “Pintor del Rey” (de Carlos III) y en el citado año como “Pintor de Cámara” a la “avanzada” edad de 40 años. En palabras de ORTEGA “*a partir de entonces surge el Goya que tenía que ser Goya y despierta súbitamente a otro mundo; cambia su entorno y con él todo su ser*”. BATICLE ha documentado que las “*pretensiones nobiliarias de Goya*” arrancan realmente a partir de 1792 en que constan unos pagos a un genealogista para que averiguase información sobre sus antepasados.

En otro orden de cosas tenemos conocimiento de un hecho importante, como es que **Josefa Bayeu había otorgado testamento unipersonal** abierto ante el escribano Don Manuel Ysidro del Campo el **03 de mayo de 1801**, encontrándose una vez más “*gravemente enferma en cama*” aquella primavera. Se trata de una

disposición de última voluntad acaso muy personal y en la comparecieron nada menos que cinco testigos (el padre Martín de San Miguel, confesor de la otorgante y quien posiblemente le había administrado el sacramento de la extremaunción, y amigos de la familia como Agustín Esteve, José Olidén, Pedro González y Félix Mozota quien años después comparecería de nuevo como testigo en el testamento otorgado por el matrimonio). Además Josefa Bayeu nombra albaceas a su esposo y a sus cuñados Marcos de Campo y Pedro Ibáñez Machín, los únicos parientes (por afinidad) que aún vivían. Tal vez no revista particular interés jurídico pero sí que nos permite conocer el entorno personal y profesional de nuestro pintor en aquel entonces. (MAURER – MATILLA).

Y así, con posterioridad, Goya “*de Ejercicio Pintor*”, otorga **testamento abierto notarial (mancomunado) en Madrid, el 03 de marzo de 1811**, ante el escribano D. Antonio López de Salazar que, como es natural, derogaba el unipersonal otorgado por Josefa Bayeu tan apenas diez años antes. (Se puede consultar el “original” en www.madrid.org, Archivo Histórico – Protocolos de Madrid; de hecho se conservan cerca de 25 documentos de todo tipo -compraventa, poderes, etc...- suscritos por el genio de Fuendetodos y que nos permiten conocer su evolución personal, familiar, profesional y patrimonial).

En el mencionado instrumento público los otorgantes “*estando buenos, sanos de nuestro entero juicio, memoria, habla y entendimiento natural*” (afirmación que en el caso de Goya no era del todo cierta, y posiblemente tampoco en el caso de su esposa, como enseguida veremos), haciendo expresa “*profesión de la Fe católica*”, y ordenando otra serie de mandas piadosas, revocan cualquier testamento anterior. También manifiestan que en el momento de su matrimonio “*no tenían nada*” (aunque Josefa había sido generosamente dotada, circunstancia que resulta omitida). De igual modo, ordenan la celebración de unas misas por sus respectivas almas y “*nos nombramos el uno al otro por testamentarios y elegimos a nuestro hijo legítimo D. Francisco Xavier de Goya*” (heredero).

Como adelantábamos, Goya hace referencia “*al mal de la Sordera que padezco*” (desde que tenía 40 años, dolencia motivada posiblemente por una intoxicación paulatina por plomo y mercurio, al mezclar las pinturas, pigmentos, etc...), por lo que lo lee “*por sí mismo*” y en presencia de tres testigos (Félix Mozota, Francisco Fernández y Francisco Soria).

BATICLE se ha planteado las causas por las que el matrimonio decide otorgar testamento en ese preciso momento, en 1811. El “*miedo a la guerra*” parece desde luego una causa plausible ya que la Guerra de la Independencia se libró entre 1808 y 1814 y quizá ambos esposos temieron por su vida (ya fuera por las

propias circunstancias del conflicto bélico o temiendo algún tipo de represalia). ¿Pudo deberse a la “*mala salud de alguno de los consortes*”? Posiblemente, ya que como hemos visto, Josefa Bayeu estuvo *gravemente* enferma en varias ocasiones durante los años precedentes, otorgando un primer testamento unipersonal. Por otra parte, el invierno de 1810 fue particularmente crudo y frío, a lo que se unió una terrible hambruna y una epidemia de fiebre amarilla, peste y cólera en algunas provincias españolas (otra nefasta consecuencia del enfrentamiento) y que, por cierto, reaparecerían años después. No obstante, como cita la autora “*para este periodo carecemos totalmente de referencias privadas*”

En cualquier caso, tan apenas un año después de la testamentifacción, el **20 de junio de 1812, Josefa Bayeu fallece a los 65 años** (aunque en su partida de defunción se menciona erróneamente que contaba 60 años de edad). Cuando se escritura su testamentaría se toma constancia de una instancia de Goya y de su hijo solicitando que se efectúe un inventario, partición y adjudicación de los bienes dejados por la causante. De igual modo, se establece el nombramiento de varios peritos tasadores cualificados que redactan hasta tres borradores de la relación de la masa hereditaria (su alumno Felipe Abas para las pinturas, José García para los muebles y la ropa, y Antonio Martínez para las joyas y alhajas).

En el inventario de bienes (consorciales o gananciales), reflejado en la escritura notarial autorizada el 28 de octubre de 1812, por el escribano López de Salazar, su valoración ascendió a casi 360.000 reales (para que nos hagamos una idea de la importancia de esa suma, su sueldo como pintor del Rey ascendía a 15.000 reales al año). Entre los diversos activos se encuentran numerosas alhajas por valor de 54.060 reales, además de muebles, tapicerías, etc... e incluso algunas obras de otros pintores (estampas de Rembrandt y Velázquez, a quienes Goya tenía por sus maestros, junto a la Naturaleza). Todo ello sin tener en cuenta los cuadros de su propiedad pintados hasta entonces (GUDIOL – BATICLE).

Goya se adjudicó muebles, ropas, un valioso reloj de oro y una gran cantidad de dinero. Por otra parte, el hijo del pintor recibió también el piso de la Calle Valverde lo que, pasado un tiempo, quizá forzó a Goya a una nueva inversión inmobiliaria como veremos acto seguido. De hecho, como apunta BATICLE, Goya “*ya no era propietario*” con lo que le resultaría más fácil guardar el dinero y las joyas que los inmuebles en caso de represión, expropiaciones, confiscaciones o incautaciones. Por otra parte, la atribución a Xavier de la colección privada evitaba el “*riesgo de su dispersión*”. Ese temor habría de condicionar la situación patrimonial de Goya hasta el final de sus días.

En este punto hay que realizar una mención importante: Goya había “comprado” el 23 de julio de 1800 una casa en la Calle de Valverde, esquina con la

Calle del Desengaño. En realidad, el inmueble había sido adjudicado a su cuñado, Marcos de Campo, debido a una venta judicial de bienes propiedad de la Iglesia, y éste se la cedió. A los tres años, adquiere una nueva propiedad en el número 7 de la Calle de los Reyes como una inversión, ya que nunca vivió en ella, por la que abona 80.000 reales de vellón y que también forma parte del patrimonio de los esposos.

En realidad, se conoce el **inventario** completo ya que su hijo Javier, exigió la disolución de la sociedad conyugal y el reparto de los bienes, y es quien en realidad reclamaba su derecho a la herencia materna (según las “leyes de Castilla”). A este respecto MERINO ha precisado, entre otras cuestiones, que *debió aplicarse el Derecho aragonés dada la naturaleza aragonesa de la difunta*. De este modo el ladino Javier consiguió que *“sobre los bienes a él adjudicados no tuviera su padre el usufructo viudal y conseguir el pleno dominio de los mismos”*.

No obstante, también se ha dicho que Goya adjudicó a su hijo su colección de pintura (entre otros muchos bienes, que comprenden un piso y una completa biblioteca) –*sin un valor real en aquel momento*– para poder retenerla en su casa. El mediocre Javier (sin profesión conocida y acostumbrado a vivir regaladamente de las rentas que le proporcionaba su padre) señaló las obras de su lote con una enorme X (de Xavier), seguida de un número identificativo. Esa *“falta de intimidad y confianza entre padre e hijo fue providencial para la historia”* (en palabras de GUDIOL) ya que hizo posible la identificación de un gran número de cuadros. En cualquier caso, *“el fallecimiento de su esposa acrecentó su aislamiento, y su voluntaria y activa reclusión en la casa número 1 de la Calle madrileña del Desengaño”*; el nombre era ya toda una premonición.

El 27 de febrero de 1819, ante el notario D. Miguel Calvo García, compra a Don Pedro Marcelino Blanco, por el precio de 60.000 reales, una finca a las afueras de Madrid (producto de la unión de otras tres, de unas 14 fanegas y 10 celemines de tierra, nada menos que unos 100.000 metros cuadrados en números redondos) conocida como **“La Quinta del Sordo”** con objeto de convertirla en su vivienda habitual. Fue en sus paredes donde pintó las tortuosas “Pinturas Negras”.

Sin embargo, poco después, víspera de su “viaje” a Burdeos y temiendo de nuevo represalias en forma de incautación o confiscación de sus bienes, debido a la represión contra los liberales por parte de Fernando VII, el 17 de septiembre de 1823 otorgó escritura pública de **donación** a su nieto Mariano (lo que evidencia que el pintor todavía tenía un cierto resquemor o desconfianza contra su hijo) ante el escribano de número López de Salazar (ante quien ya había otorgado testamento y el inventario de bienes). Sin embargo su padre, Xavier, se hizo cargo de la propiedad, ya que el donatario contaba tan solo 17 años de edad en

ese momento. Y, en cualquier caso, muerto Goya, en 1830, Mariano se la donó a su padre Xavier. Se inicia entonces un curioso periplo ya que fallecido Xavier en 1854, Mariano hereda la finca que previamente había donado a su padre, y la vende muy poco después a D. Segundo Colmenares, iniciando una serie de sucesivas transmisiones, hasta su demolición (GUDIOL – BATICLE).

Casi al mismo tiempo de la adquisición de la “Quinta”, comienza una relación (¿meramente afectiva?, ¿de pareja?) con **Leocadia Zorrilla** (de casada Weiss) que se había separado de su marido. En efecto, Leocadia, huérfana desde que era muy pequeña y de quien se hicieron cargo parientes de Goya, había contraído un matrimonio convenido, siendo tan apenas una adolescente de 19 años, con Isidro Weiss un acaudalado joyero de origen alemán, que malbarató la cuantiosa dote aportada por la esposa y que posteriormente incluso llegó a acusarla judicialmente de infidelidad (BATICLE). Se ha llegado incluso a especular con que Rosario, nacida el 03 de octubre de 1814 fuera, en realidad hija biológica de Goya (Leocadia había tenido otro hijo llamado Guillermo). Sea como fuere, el de Fuendetodos mostró por la niña un “*afecto paternal*” siendo “*su discípula predilecta*”. Y Leocadia pasó los últimos años de vida con el pintor, si bien se refería a ella como “ama de llaves” para evitar nuevas investigaciones de la Inquisición (que, como hemos visto, ya había “procesado” a Goya por la “*obscenidad*” que les suponía “*La maja desnuda*” (1790 – 1800).

Goya retrato a su “compañera” en “La Leocadia” un cuadro de 1823 (algunos años antes de morir) en el que aparece enlutada y junto a lo que parece ser una tumba, señal inequívoca de que no veía lejos su final debido a la vejez y las enfermedades (además de la conocida sordera desde los 40 años, padecía ya algún tipo de parálisis, así como una incipiente ceguera y un absceso en el perineo que le incapacitaba para la deambulación). En cualquier caso, gozaría de unos años, si no de felicidad, sí de relativa tranquilidad en Burdeos hasta su muerte. Con el tiempo, Rosario se convertiría en una excepcional retratista como lo evidencia su “Autorretrato” pintado en 1843, dotada de un talento que, al igual que a otras artistas, no le fue reconocido en su época, a lo que tampoco contribuyó su prematura muerte a los 29 años.

Y, a este respecto, un detalle importante es que en la noche del 15 al 16 de septiembre de 1828, es decir, en sus últimos momentos de vida, **Goya expresó su deseo de otorgar testamento**, siendo disuadido por su nuera Gumersinda Goicoechea (con quien Francisco Xavier había contraído matrimonio el 07 de julio de 1805), manifestando que “*ya le tenía hecho*” (el otorgado en 1811). En cualquier caso, está documentada la mala sintonía existente entre Goya y su nuera lo que podría explicar también su oposición a que el pintor otorgase un nuevo testamento que pudiera perjudicar a su esposo.

Hay que destacar que Xavier no consigue llegar a tiempo para estar con su padre (según parece se encontraba en Gibraltar), al contrario de su nieto Mariano y su nuera. Pero llama poderosamente la atención que Gumersinda no cuestiona la capacidad de Goya para otorgar un nuevo testamento, circunstancia que avala el médico que le atendió en sus últimos momentos, que destacó su lucidez “*hasta el último momento*”. Conocemos estos detalles por una carta remitida por Leocadia a Leandro Fernández de Moratín el día 28 de abril de 1828. Aún en ese caso: ¿Quiso Goya reconocer como hija a la ya adolescente Rosario o establecer alguna disposición a su favor?. ¿Acaso trató de efectuar alguna disposición a favor de Leocadia, su compañera en los últimos años de vida, y con la que no llegó a contraer matrimonio?. Nunca lo sabremos.

A este respecto, de nuevo BATICLE realiza una apreciación todavía más interesante, como es el hecho de que en una misiva posterior, en mayo de 1828, Leocadia, muestra a Moratín “su pesar” por que Goya no otorgó testamento a favor suyo ni de Rosario y sondeando la posibilidad de “heredar algo”. Podemos preguntarnos en este caso ¿Por qué se consideraba con derecho a una parte de la herencia de Goya?. ¿Por qué debería el pintor haber efectuado alguna disposición a favor de Rosario?.

En cualquier caso, la autora destaca que Ferreiro Santa Cruz, el cónsul de España en Burdeos, se persona en el domicilio de Goya para constatar su fallecimiento. Esto es así porque “*la herencias de los españoles que vivían en Francia, como las de los franceses que vivían en España, estaban reguladas por el Convenio del Pardo de 1769 ... se había suprimido el derecho de herencia de los extranjeros y se había otorgado el exequatur a los cónsules de cada nación para conocer y regular las herencias de sus súbditos respectivos*”. El diplomático pregunta a Mariano y a Gumersinda, quienes afirman que Goya no había dejado nada y que los muebles eran propiedad de Leocadia “*en cuya compañía*” vivía.

Francisco de Goya y Lucientes fue enterrado en el cementerio de La Charreuse junto a su consuegro Martín de Goicoechea. Tras un inexplicable (y vergonzante) periplo, ya en 1919 sus restos (a falta del cráneo, como sucede por cierto con otro genio, Mozart, del que nuestra compañera la Ilma. Sra. Dña. Ana C. Belío nos habló en su brillante disertación sobre “Las bodas de Fígaro”) fueron depositados finalmente, en presencia del Rey Alfonso XIII, en la ermita de San Antonio de la Florida (Madrid) donde hoy descansan para toda la eternidad.

Muchas gracias por su atención.

BIBLIOGRAFIA CITADA.

ARUMI, Eduard: “Goya, artista revolucionario y su influencia en el cine”

BATICLE, Jeannine: “Francisco de Goya”. Biblioteca ABC. Protagonistas de la Historia. Volumen 16, Madrid, 2004.

GUDIOL, José: “GOYA”, Ediciones Polígrafa, Barcelona, 1984.

MATILLA TASCON, Antonio: “Goya en el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid”. Ayuntamiento de Madrid. Pags. 17 a 20.

MAURER, Gudrun: “Nuevos documentos sobre Josefa Bayeu y Pedro Gómez, moedor de colores, y el entorno de Goya en 1801”. Boletín del Museo del Prado. Tomo XXXV. Número53. 2017. Pags 91 a 97.

MERINO HERNANDEZ, José Luis: Goya y el Derecho aragonés. Diario Heraldo de Aragón 19 julio 2023.

ORTEGA Y GASSET, José: “Papeles sobre Velázquez y Goya”. Revista de Occidente. Alianza Editorial. Volumen 6. Madrid. 1980.

PENDAS, Benigno: “Velázquez y el Salón de Reinos” (Diario ABC, 11 agosto 2023, pag. 3).

PEREZ SANCHEZ, Alfonso E.: “Grandes Museos del Mundo. Museo del Prado”. Ediciones Danae, Vitoria, 1976.

TORRALBA SORIANO, Federico: “Grandes Artistas. Goya”. Ediciones IBERCAJA. Zaragoza, 1996.

VV.AA.: “Historia del Arte”. Ediciones Edebé. Barcelona. 1.999.

VV.AA: “Gran Diccionario de la Pintura. Siglos XIV – XVII”. Carroggio Ediciones. Barcelona, 2005.

VV.AA: Historia del Arte. Vicens Vives, Barcelona, 2023.

DIARIO EXPANSION. Sección DIRECTIVOS fin de semana (10 junio 2023, pag. 41): “Buero Vallejo y Goya se unen para obligarnos a despertar”.

FRANCISCO DE GOYA: Voz en WIKIPEDIA, la Enciclopedia libre.

REFLEXIONES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS

Ilmo. Sr. D. Eladio José Mateo Ayala
Académico Correspondiente

1. Introducción.

El fenómeno religioso, el hecho religioso o lo religioso, ha sido -y es- en las comunidades, una cuestión dinámica, que ha suscitado un inveterado interés tanto en sus detractores como defensores, siendo considerado desde distintos ámbitos o perspectivas.¹

Así, por ejemplo, en nuestro país, desde la paremiología, con figuras como el abogado y humanista, José María Iribarren, en su obra, *“De Pascuas a Ramos. Galería religioso-popular-pintoresca”*²ola antropología, con el ensayista e historiador, Julio Caro Baroja, en *“Las formas complejas de la vida religiosa (Religión, sociedad y carácter en la España de los Siglos XVI y XVII)”*.³

¹ Algunas de las consideraciones aquí expuestas, lo han sido ya en mi trabajo *Autodeterminación religiosa y tutela jurídico penal frente a la diatriba intransigente*, en, “Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión.” Tirant lo Blanch (2020), pp. 233-275.

² Véase, J.M. IRIBARREN, *De Pascuas a Ramos. Galería religioso-popular-pintoresca*. Prólogo de Don Santos Beguiristain. 2ª Edición, corregida y notablemente aumentada. Editorial Gómez. Pamplona. 1970. Atendiendo a su aspecto degenerativo, como aberración o rareza, véase, por ejemplo, P. HUGHES, *La brujería*. (Traducción, J.A. Lahoz Massana). Editorial Bruguera, S.A. Barcelona, 1974.

³ Véase, J. CARO BAROJA, *Las formas complejas de la vida religiosa (Religión, sociedad y*

También, desde la óptica filosófica⁴ o literaria, en particular, el primer poeta español de nombre conocido, en su obra, “*Los milagros de Nuestra Señora*”⁵ o la jurídico-penal, con figuras como la del célebre jurista Jiménez de Asúa, que en su trabajo monográfico, “*La recompensa como prevención general*”, dedica un apartado enunciado, *Las ideas religiosas del premio y del castigo*.⁶

En las sociedades actuales, consideradas democráticas, y, la española es una de ellas, es admisible, incluso necesaria la crítica ante el hecho religioso y su diversidad fenomenológica.

La crítica es salud y, además, es operación al progreso, no así, la intolerancia, la coerción tanto en su vertiente impositiva como constrictiva; que han sido conceptualizadas, respectivamente, como “coacción impeditiva” y “comisiva” o “coactiva”.⁷ Su distinción con el juicio u opinión, parece bastante clara.

carácter en la España de los Siglos XVI y XVII). Sarpe. Madrid. 1985. Del mismo autor, *Historia del Anticlericalismo español*. Prólogo de Jon Juaristi. Editor Caro Raggio. Madrid. 2008. Véase también, L. MALDONADO, *Religiosidad popular. Nostalgia de lo mágico*. Ediciones Cristianidad. Madrid. 1975.

⁴ Por ejemplo, E. CIORAN, *De lágrimas y santos*. Tusquets Editores. Barcelona. 1988.

⁵ Véase, G. DE BERCEO, *Obra completa*. Espasa Calpe. Gobierno de La Rioja. Madrid, 1992. Igualmente, J. DEL ENCINA, en su *Auto sacramental*, en Teatro. Editorial Crítica. Barcelona. 2001. También, los Autos sacramentales: *El divino Orfeo*, de P. CALDERÓN DE LA BARCA; *de La Puente del mundo* de L.F. DE VEGA CARPIO, o *De los hermanos parecidos*, de TIRSO DE MOLINA. Editorial Libertarias. Madrid. 2003; así como, el cronista, J. DE ZABALETA, *Día de fiesta por la mañana y por la tarde*. Editorial Castalia. Madrid. 1983. También, J.A., MUÑOZ ROJAS, *Una curiosa traducción protestante del Padre Estella*, en Homenaje a Emilio Gómez Orbaneja (Semblanza por Jorge Gillén). Editorial Moneda y Crédito. Madrid. 1977, pp.355-360.

⁶ Véase, L. Jiménez de Asúa, *La recompensa como prevención general*. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. Nº125. Madrid.1914, pp. 10 y ss. Igualmente, E. ORTÍZ BERENGUER, *Reflexiones sobre la Religión Católica y Derecho penal*, en Estudios Jurídico penales y Criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva [José María Suarez López/Jesús Barquín Sanz/Ignacio F. Benítez Ortúzar/María José Jiménez Díaz/José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós (Directores)]. Volumen II. Dykinson, S.L. Madrid. 2018, pp. 1395-1418.

⁷ Véase, J.FERRERIRO GALGUERA, *Libertad religiosa e ideológica: Garantías procesales y tutela penal*, en, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº6, 2002, pp. 383-384. En este sentido, G. LANDROVE DÍAZ, *La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XXV, Fascículo III, pág. 700, ha puntualizado lo siguiente: “(...) *Expresaremos nuestra más firme convicción sobre algunos puntos muy concretos: a) Todo ser humano tiene un derecho inatacable a profesar cualquier religión, católica o no. Creemos que en nuestra indagación presenta particular interés lo que podría denominarse vertiente positiva de aquella libertad, esto es, la libertad de profesar cualquier fe religiosa. Sin embargo, no cabe ignorar que en su más amplia dimensión abarca la misma tanto la profesión positiva de una fe como la abstención de toma de posición respecto de las creencias religiosas (...)*”. Por su parte, J.A. SOUTO PAZ, *La libertad religiosa y las libertades individuales*, en, Anuario de Derechos Humanos. Nueva época. Vol. 12. 2011 (385-414), pág. 389, considera que: “*El laicismo excluye del sustrato ideológico del Estado cualquier referencia religiosa y, por expansión, de cualquier manifestación religiosa de la vida pública, reduciendo*

Nuestro aconfesional Estado⁸, está regido por el principio de imparcialidad ante las diversas confesiones religiosas inscritas en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Justicia,⁹ reconociéndose, además, con el rango de

el ámbito de las creencias religiosas a la autonomía individual, a la libre conciencia de los individuos. El ateísmo científico, no sólo elimina las creencias religiosas de la ideología del Estado, sino que asume –en sustitución de aquella– una actitud antirreligiosa, una concepción ateísta beligerante que en la experiencia histórica concreta, se ha traducido, frecuentemente, en la prohibición de la libertad religiosa, y en la persecución de personas e instituciones portadoras de creencias religiosas”y, sigue diciendo: “Estas actitudes –laicismo y ateísmo científico– no pueden considerarse como manifestaciones de la neutralidad ideológica del Estado en esta materia. Lejos de una actitud neutral han asumido y potenciado una determinada ideología –unas creencias no religiosas–, han actuado parcialmente en un intento de eliminar o suprimir las creencias religiosas presentes en la sociedad. Esta postura es claramente contraria al derecho de libertad religiosa, por lo que la exigencia de estas ideologías ha supuesto, en gran medida, la limitación y, en ocasiones la supresión, del contenido propio del derecho de libertad religiosa.” Por su parte, en el ámbito jurisdiccional supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su “*primer procedimiento verdaderamente concerniente a la libertad religiosa*”-tal y como lo advirtiera el Juez L.E. Pettiti, en su opinión parcialmente concordante con el de la mayoría- (Caso “Kokkinakis contra Grecia”), declaró en su Sentencia de 25 de mayo de 1993, que: “(...) la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión constituye una de las bases de una sociedad democrática en el sentido del Convenio.” Y, continúa diciendo: “Figura en su dimensión religiosa entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es una manifestación del pluralismo, claramente conquistado en el curso de siglos, consubstancial a nuestra sociedad. La libertad religiosa es también libertad para manifestar la religión. Los testimonios, en palabras y actos, se encuentran ligados a la existencia de las convicciones religiosas (...)”. Resulta de particular interés, la opinión disidente del Juez N. Valticos: “(...) Como todas las libertades, la libertad de religión de cada uno termina donde comienza la de otros. La libertad de manifestar su religión individual o colectivamente, en público o en privado significa practicarla y manifestarla, pero no intentar con insistencia combatir y modificar la de otros, o influir los espíritus por una propaganda activa y a menudo abusiva (...)”.

⁸ Identificando conceptualmente, “aconfesionalidad” y “laicidad”, véase, J. FERREIRO GALGUERA, *Política del Gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam*, en, *Derecho Islámico e Interculturalidad* [Zoila Combalá/M^odel Pilar Diago/Alejandro González-Varas (Coordinadores)], Iustel. 1^a Edición. Madrid. 2011, pág. 348, lo que se concluye, a juicio del autor, del hecho de que la Constitución en su artículo 16.3, no recoge ambos términos: laicidad y aconfesionalidad; siendo no obstante el espíritu de éstas, inherente a la locución legal “Ninguna confesión tendrá carácter estatal” recogida en aquel precepto de la Carta Magna.

⁹ Directorio público de matriculación de entidades religiosas, al que hace referencia la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio, en su artículo 5: “1. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia. 2. La inscripción se practicará en virtud de solicitud, acompañada de documento fehaciente en el que consten su fundación o establecimiento en España, expresión de sus fines religiosos, denominación y demás datos de identificación, régimen de funcionamiento y órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación. (...)”. A juicio de Juan Ferreriro, se trata de requisitos formales resultando el más controvertido, el relativo a la declaración de los fines religiosos, debiendo estar inspirado el acto de constatación público por el principio de neutralidad ante lo religioso. Véase, J. FERREIRO GALGUERA, *Política del*

Derecho Fundamental en el art. 16 de nuestra Constitución,¹⁰ la libertad religiosa y de culto, desarrollado a su vez, a través de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio; pronunciamiento de neutralidad, que se afianza con la asunción e interiorización de la libertad hacia el hecho religioso, como valor, asentándolo como uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico,¹¹ debiendo el Estado, protegerlo,¹² incluso con el recurso, si es necesario, al Derecho penal.¹³

Gobierno...cit. 355. Por su parte, advierte J.A. SOUTO PAZ, véase, *La libertad religiosa...cit.* 399, :“(...) ¿qué es una religión?, ¿qué son las creencias religiosas?(...)”. El Profesor Antonio-Beristáin Ipiña, en, *Criminología y Religión*, en, *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. Don Juan del Rosal*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993, pág.155, brindó una respuesta desde la raíz o fuente, pudiendo provenir de *religare*, *religar*, vincular, atar. Recurre el autor también a un pasaje de Cicerón *–De officiis*, II, 3-, para quien religión deriva de *religiosus*, *religiens*, de modo que ser religioso equivale a ser metódico en el cumplimiento de los deberes que impone al ciudadano el culto de los dioses del Estado-ciudad. También, el verbo *relegere*, volver a leer, dar otro sentido a la vida y a la convivencia, señala el autor.

¹⁰ La ubicación del artículo 16 de la Constitución en el ámbito del Título I *De los derechos y deberes fundamentales*, no resulta baladí, debiendo los poderes públicos valorar muy positivamente, desde esa óptica de la aconfesionalidad del Estado, la libre práctica de esa libertad ideológica, religiosa y de culto, como tal derecho básico; más aún, atendido su reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros Pactos Internacionales; textos todos ellos, que utilizan en opinión de J.A. SOUTO PAZ, *La libertad religiosa...cit.* pp. 391 y 392, una “diversidad terminológica”, no obstante, con una pretensión de univocidad conceptual, una indiferenciada libertad, cual es: “*la capacidad de autodeterminación individual en relación con su propia cosmovisión.*”

¹¹ En este sentido, véase, J.A. SOUTO PAZ, *La libertad religiosa...cit.* 398. Observa por su parte, L. ROCA DE AGAPITO, en, *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial*. IV. Delitos contra la Constitución. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 473-475, que: “*en el nacimiento del Estado moderno la libertad de pensamiento apareció en primer lugar como libertad religiosa.*” y continúa: “(…) *La libertad religiosa no debe ser entendida como una libertad “frente al” Estado, esto es, como un derecho a no profesar la religión oficial, sino como una auténtica libertad “en” el Estado, es decir, como el marco jurídico en el que las diversas opciones de fe o de no fe se desenvuelvan, sea una situación real y efectiva de igualdad (…)* El reconocimiento a una auténtica libertad religiosa debe ir más allá de la mera proclamación de la misma como derecho fundamental de las personas para acabar convirtiéndose en principio básico de organización del Estado, que exige del mismo su neutralidad o aconfesionalidad.”

¹² Observa S. VALMAÑA OCHAITA, véase, *Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos*, en, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. [Carlos García Valdés/Margarita Valle Mariscal de Gante/Antonio Rafael Cuerda Riezu/Margarita Martínez Escamilla/Rafael Alcácer Guirao (coord.)] Tomo II. Edisofer, Madrid, 2008, pág. 2289, que la aconfesionalidad del Estado no conlleva una ausencia de protección de las creencias y los sentimientos religiosos.

¹³ Según el Profesor Gerardo Landrove:“(…) *c) Los códigos penales deben proteger, y en congruente desarrollo de los principios constitucionales, los sentimientos religiosos de todos los*

El Código penal de 1995, acorde con un clasicismo técnico—así, por ejemplo, nuestros Códigos penales decimonónicos o los de 1928 y 1932—, conserva un grupo de delitos en materia de religión, regulado en la Sección 2ª *De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos* del Capítulo IV, de su Título XXI, y responde a un modelo de Estado aconfesional, tutelándose la libertad religiosa y de culto como un derecho fundamental; esto es, la capacidad de autodeterminación frente al hecho religioso.

El proceso político, social y cultural desarrollado en España con la Constitución de 1978, hizo imprescindible una renovación en el ámbito legislativo del fenómeno religioso.¹⁴

ciudadanos sea cual fuere su religión. Creemos que nos encontramos ante un bien jurídico fundamental del ciudadano, a cuya correcta salvaguardia deben arbitrarse los específicos medios de reacción que el Derecho penal tiene atribuidos” y continúa: “Tales afirmaciones deben ser entendidas en el sentido de que no solamente es un derecho fundamental del hombre la libertad de conciencia (de tan problemática fiscalización por los poderes públicos), sino también la exigencia de respeto a las manifestaciones externas de la misma. Terreno en el que, con toda lógica, las justas limitaciones no nacen ya de valoraciones religiosas, sino de elementales normas de convivencia y respeto mutuo. (...)”. Véase, *La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español*, cit. 700-701.

¹⁴ Paradigmática, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980), en consonancia con un Estado aconfesional, que no antirreligioso, tal y como se ha reconocido, por ejemplo, en el ámbito extrapenal, por parte de nuestros Tribunales. Así, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, de fecha, 4 de Marzo de 2013 (recurso de casación núm. 4280/2011), que en su Fundamento de Derecho Octavo, advierte: *“Así pues, nos encontramos en presencia de un principio establecido en la Constitución Española de aconfesionalidad del Estado en el sentido de aconfesionalidad o laicidad positiva partiendo de una declaración de neutralidad en el ámbito de la libertad religiosa. Y, en su Fundamento de Derecho Noveno: “En nuestro país, como en tantos otros de similares tradiciones culturales y religiosas a que se ha hecho referencia, se aprecia en multitud de lugares públicos la presencia de símbolos de carácter religioso como crucifijos, monumentos o estatuas representativas de la figura de Cristo similares al que ahora nos ocupa, cuyo mantenimiento no es sino manifestación del respeto a dichas tradiciones y no imposición de unas particulares creencias religiosas, y en tal sentido no pueden entenderse como representativos de posturas de intolerancia hacia el no creyente en las mismas y así debe entenderse cuando de su mantenimiento se trata. En definitiva, la neutralidad e imparcialidad del Estado exigida por el art. 16.3 CE no es en forma alguna incompatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos que como el presente no son sino expresión de la historia y cultura de nuestro país (al margen lógicamente de las consideraciones que deban merecer sus valores artísticos o estéticos) que inevitablemente está cargada de elementos religiosos e ideológicos perfectamente compatibles con el principio de laicidad positiva exigido por la Constitución Española (...)”* En este sentido, L. ROCA DE AGAPITO, L., véase, *Tratado de Derecho Penal Español... cit.* 475, para quién, *“La aconfesionalidad estatal no tiene por qué implicar antirreligiosidad o indiferencia ante lo religioso.”*

Los principios proclamados en nuestra Constitución no tuvieron un inmediato desarrollo a través de la promulgación de un nuevo Código penal, demora legislativa, objeto de crítica,¹⁵ y que afectó al ámbito de la libertad religiosa y los sentimientos religiosos.

Hubo sin embargo, movimientos legislativos previos, en pos de esa necesaria adecuación.

2. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

Hasta este hito legislativo, sólo la religión católica era tributaria de una tutela jurídico penal, siendo a través de la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, como se habilitó para todos los credos.

Así se anticipaba en el Preámbulo de dicha ley:

“La Sección tercera del Capítulo II del Título II aún no se había acomodado a un principio como el contenido en el artículo 16.3 de la Constitución que, además de establecer la aconfesionalidad del Estado, declara la libertad de conciencia y el respeto por igual a todas las creencias religiosas. Siendo así resulta evidente que la actual configuración de este grupo de delitos se opone al mandato constitucional, tanto por llevar implícita en su rúbrica misma una imagen de confesionalidad abiertamente en el artículo 206, cuanto por tratar de modo expreso y preferente a la religión católica frente a otras creencias.”¹⁶

En ese proceso de adaptación, se dio nueva rúbrica a dicha Sección 3ª bajo el enunciado, *Delitos contra la libertad de conciencia* a la vez que se erradicó su artículo 206¹⁷ al estar su contenido en clara disfunción con la aconfesionalidad del Estado;

¹⁵ Véase, al respecto, M. Polaino Navarrete, *Reformas penales (desde 1995 a 2002)*, en, *Dogmática y Ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. [Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zuagaldía Espinar (Coordinadores)]. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2004, pág. 645.

¹⁶ Véase, la “Exposición de Motivos”, de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983).

¹⁷ “*Los que ejecutaren cualquier clase de actos encaminados a abolir o menoscabar por la fuerza, como religión del Estado, la Católica Apostólica Romana, serán castigados con la pena de prisión menor. Si el culpable estuviere constituido en Autoridad y con abuso de ella cometiere el hecho, se impondrá la pena en el grado máximo.*”

Decía el precepto:

“Los que ejecutaren cualquier clase de actos encaminados a abolir o menoscabar por la fuerza, como religión del Estado, la Católica Apostólica Romana (...)”

Se dotaba además, de un nuevo contenido típico a algunos otros preceptos, que fueron configurados como los actualmente vigentes.¹⁸

3. Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio.

La reforma del Código penal llevada a efecto a través de esta ley Orgánica¹⁹, con sólo dos artículos y sin Preámbulo, destipificó la blasfemia, que, en su modalidad de delito (art. 239 C.p.)²⁰ y de falta (art. 567.1 C.p.), aquella Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983, había mantenido.

Finalmente, en 1995, con la base de nuestra Ley Fundamental, nace el vigente Código penal a través de *La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, dedicándose, en el ámbito de los delitos contra la Constitución de su Título XXI, una Sección de su Capítulo IV, que permanece en la actualidad.

Es indudable, que las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad, resultan sustanciales en la selección de los bienes jurídicos

¹⁸ Así por ejemplo, el del artículo 205 se redactó conforme al del actual artículo 522, a excepción de la pena privativa de libertad prevista para aquél, frente a la pecuniaria actual. Igualmente aconteció en relación, al contenido del artículo 207 y el actual, 523, salvo el requisito de “inscripción en el correspondiente registro público ministerial” de las confesiones religiosas contenida en este último precepto y las penas. Y, al de escarnio, eliminándose la referencia expresa a la religión católica (al igual que se hizo en relación a los artículos 207 y 210), se le dotaba del siguiente tenor en el artículo 209: *“El que de palabra o por escrito hiciere escarnio de una confesión religiosa, o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias, será castigado con la pena de prisión menor si realizare el hecho en actos de culto, o en lugar destinado a celebrarlos, y con arresto mayor en los demás casos.”* El delito de profanación se redactaba del siguiente modo en el art. 208: *“El que ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. Se impondrá esta pena en grado máximo si los hechos previstos en el párrafo anterior fuesen realizados en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias del mismo, oficialmente autorizadas, siempre que este requisito fuese necesario. Cuando el hecho revistiese suma gravedad o relevante trascendencia, se aplicará la pena superior en grado.”*, siendo la cuantía de la pena de multa modificada (de 30.000 pesetas a 100.000 pesetas y de 150.000 pesetas a 500.000 pesetas) mediante la ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

¹⁹ BOE núm. 140 de 11 de junio de 1988.

²⁰ Actualmente reconducible al delito de escarnio (art. 525 C.p.)

tutelados por el Derecho penal y específicamente en la determinación del ámbito de protección de los mismos.²¹

Se advertía en su “Exposición de motivos”²² de su adecuación a dichos valores éticos y sociales, en estos términos:

“(...) El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar (...)”

“(...) El eje de dichos criterios ha sido, como es lógico, el de la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales. (...)”

Continuaba haciendo mención a postulados clave del Derecho penal:

“(...) En segundo lugar, se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez figuras delictivas que han perdido su razón de ser (...)”

Con estas premisas, el Legislador de 1995 consideró muy positivamente tutelar penalmente los ataques contra la libertad de autodeterminación ante el hecho religioso,²³ incluyendo como signo o expresión de un juicio desvalorativo, una serie de conductas cuya primigenia redacción no ha sido enmendada o matizada hasta la actualidad, a excepción de algunas mejoras introducidas mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre;²⁴ perfeccionamientos, decía la propia Exposición de Motivos:

“(...)de carácter técnico como son la sustitución de las denominaciones en pesetas por euros, la inclusión de nuevas penas, la mejora de la sistemática, entre otras.”

²¹ Véase, J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Euro Editores, S.R.L., Buenos Aires/Montevideo, 2008, pp. 6-7.

²² Cfr. la “Exposición de Motivos”, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995).

²³ Para L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español... cit.* 487, supuso la reafirmación de la singularidad del bien o bienes tutelados en la Sección 2ª *De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos* del Capítulo IV del Título XXI del Código penal.

²⁴ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003. Antes de la reforma, el marco penal (art. 524 C.p.) de la pena pecuniaria, era de 4 a 10 meses y respecto al art. 526 C.p., la pena de arresto, de 12 a 24 fines de semana prevista de forma cumulativa, con una pena de multa de 3 a 6 meses.

Tal y como se indicaba ninguna de las reformas previas a la efectuada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, había afectado a precepto alguno de la Sección 2ª del Capítulo IV del Título XXI.²⁵

Tampoco las ulteriores la tuvieron entre sus objetivos.

Así, por ejemplo, en el año 2010, se introdujo el paradigmático aforismo *societas delinquere potest* la medida de seguridad de libertad vigilada.²⁶

En el año 2012, se incidió en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.²⁷

En el año 2015, se eliminaron las faltas y se dedicó nueva atención a la cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas,²⁸ o la libertad sexual en el año 2022;²⁹ también en ese año a la malversación y desórdenes públicos, con la supresión del delito de sedición.³⁰

Tanto acento técnico, ha podido valorarse como una indiferencia por parte del Legislador ante lo que representa el hecho religioso como valor y las conduc-

²⁵ Respecto a las modificaciones del Código penal acaecidas con anterioridad al año 2003, véase, M. POLAINO NAVARRETE, *Reformas penales (desde 1995 a 2002)*...cit. 645-646, quien, mostrándose crítico con el sistemático devenir de enmiendas legislativas al Código penal desde su entrada en vigor, observa: "El nuevo texto, en concordancia con los avatares del precipitado desenlace de su formulación, ha devenido ejemplo de desequilibrios valorativos y desajustes punitivos, y a la postre ha adolecido de disfuncionalidad social y contribuido a institucionalizar el defectuoso sistema del parcheo normativo, propiciado por la arraigada técnica legislativa de la "reforma de la reforma."

²⁶ Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 152, de 23 de junio).

²⁷ Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 312, de 28 de diciembre).

²⁸ Véase, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015) y Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

²⁹ Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.(BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022), posteriormente modificada por la Ley Orgánica 4/2023 de 27 de abril para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023).

³⁰ Ley Orgánica 14/2022 de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.(BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2022).

tas atentatorias contra el mismo, frente a otras materias a las que ha dispensado una mayor atención o, al contrario, servir para enfatizar y reafirmarla singularidad de un bien jurídico, como valor inherente al desarrollo de la personalidad, a la vez que, asentar la confianza de la ciudadanía en la tutela dispensada por el Estado al mismo.

Las concepciones políticas dominantes influyen decisivamente en el ámbito de lo ilícito penal.³¹

La voluntad codificadora fue cristalina en 1995 y en cada uno de los hitos legislativos previos y posteriores a la promulgación de nuestro Código penal. En observancia de los Principios que inspiran el Derecho penal moderno, de mínima intervención,³² fragmentariedad³³ y *ultima ratio*,³⁴ se estimó adecuada la presencia de ilícitos penales *ad hoc* como los actualmente vigentes, tutelando lo que representa el hecho religioso como valor, una verdad íntima que merece la pena ser tenida en cuenta.

No está en nuestra mano poseer o no un repertorio tal de convicciones. Se trata de una necesidad ineludible, constitutiva de la vida humana, sea la que sea.

³¹ Véase, J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español...cit.* 7.

³² O de “subsidiariedad”, terminología propia igualmente, como observa Luzón Peña, no sólo de la teoría general del Derecho sino de otras disciplinas extrajurídicas. Véase, D.M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. 3ª edición ampliada y revisada. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 22. En el mismo sentido, véase, M. POLAINO NAVARRETE/M. POLAINO-ORTS, *La fragmentariedad De la Ciudad y Otras Cosas*. Libro Homenaje a Enrique Barbero González con Motivo de su Jubilación [Venancio Gutiérrez Colomina y Ramón Cámpora Pérez (Coordinadores)]. Fundación Martín Robles, 2005, pág.386, para quienes la naturaleza fragmentaria del sistema punitivo (en relación a diversos sectores) conlleva el reconocimiento de un sistema de escalafón o jerarquía entre todos los sectores del ordenamiento jurídico en el que el Derecho penal representa –advierten los autores, glosando a H.-H. Jescheck- la “clave de bóveda” de la estabilidad jurídica.

³³ Conforme al cual, al Derecho penal le corresponde tutelar los bienes jurídicos más relevantes y sancionar sólo las derivaciones más graves contra los mismos. Véase, D. M., LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal...cit.*, 22. Cerezo Mir, destacando la relevante función de las concepciones ético-sociales, señala que: “(...) *el Derecho Penal castiga generalmente como delito las infracciones más graves de las normas de la Etica social*”; véase, *Curso de Derecho Penal Español...cit.* 7.

³⁴ El recurso a la pena solo se justifica cuando resultan insuficientes o ineficaces otras formas de reacción jurídica. Estamos –observa Rodríguez Mourullo-, ante el postulado tradicional liberal de *ultima ratio legis* en ocasiones igualmente denominado de intervención mínima, aunque se le adjudica también un contenido más amplio que se identificaría con el “entero principio de proporcionalidad”; véase, RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Delito y pena en la Jurisprudencia Constitucional*. Editorial Cívitas. Madrid. 2002, pág. 74.

Decía Ortega y Gasset: “*El hombre vive siempre desde unas ideas determinadas, que constituyen el suelo donde se apoya su existencia. (...)*”³⁵

4. Los concretos delitos y su Justificación en el Código penal.

En nuestro Código penal, estos delitos, según la nomenclatura ya clásica, son: El de proselitismo (art. 522C.p), consistente en impedir practicar o asistir a los actos de culto o forzar la concurrencia a los mismos o a revelar la profesión o no de una creencia religiosa o a mudar la que se profese;³⁶ el conocido como *turbatio sacrorum* (art. 523C.p.), caracterizado por la interrupción violenta de ceremonias, actos o manifestaciones de confesiones religiosas;³⁷ el de profanación (524C.p.), consistente en tratar las cosas sagradas sin el debido respeto;³⁸ se incluye el de escarnio (art. 525C.p.),³⁹ la burla o ridiculización de los sentimientos o creencias y, finalmente, las conductas contrarias al respeto a los difuntos (art. 526C.p.)⁴⁰; delitos, respecto de algunos de ellos, se nos suscitan algunas consideraciones en torno a sus contenidos típicos, que relacionaremos en las siguientes líneas.

³⁵ Véase, J. Ortega y Gasset, *Misión de la Universidad*. Ediciones Cátedra. Madrid, 2015, pág. 104.

³⁶ “*Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos. 2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.*”

³⁷ “*El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.*”

³⁸ “*El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*”

³⁹ “*1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.*”

⁴⁰ “*El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.*”

Ello no obstante, no existe un parecer unívoco sobre si la respuesta que ha de darse a comportamientos que atentan al derecho a libertad religiosa y de culto ha de serlo necesariamente desde el Derecho penal; lo que se traduce, además, en ponderar la necesidad o conveniencia de mantener un género de delitos de esta naturaleza.

Un hándicap para su autonomía lo representa la anunciada suficiencia de los tipos que tutelan los derechos de reunión y asociación, para colmar esta demanda de protección.

Suelen también, levantarse voces para afirmar que estamos ante unascoacciones que inciden en una de las facetas de la libertad individual o, incluso, ante conductas que pueden integrarse en el ámbito de los delitos de discriminación.⁴¹

Hay movimientos de opinión que entienden que los sentimientos religiosos (entre otros), no deben ser acreedores de una tutela penal,⁴² frente a otros que consideran pertinente mantener un **índice** de ilícitos penales de este sesgo,⁴³

⁴¹ En este sentido, en la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. (122/000010), presentada el 06/10/2023, por el Grupo parlamentario plurinacional SUMAR, para eliminar el delito de escarnio (art. 525 C.p.), se aduce la idoneidad de otros delitos, como el contemplado en el art. 510 del Código penal para tutelar la libertad religiosa. También el influjo dictatorial en aquél (art. 525 C.p.); criterio este último, que supone desconocer la tutela dispensada ya a la libertad religiosa, en los Códigos penales españoles de 1932 y de 1870.

⁴² Véase, L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 509-510-516, quien aboga por su derogación al entender que la respuesta penal no es precisa en el ámbito de los sentimientos; también por el excesivo subjetivismo e indeterminación, lo que puede vulnerar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, así como el de igualdad en relación a otros sentimientos; siendo suficiente, con la protección dispensada a través de otros delitos contra la persona y su dignidad.

⁴³ Al respecto, véase, J.M^a. TAMARIT SUMALLA, en, *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo II (artículos 234 a DF.7^a); [Gonzalo Quintero Olivares (Director) Fermín Morales Prats (Coordinador)]. 7^a Edición. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2016, pp.1701-1702. Por su parte, M. GOMEZ TOMILLO, *Comentarios Prácticos al Código penal...cit.* 259 y 265, si bien difiere el debate acerca de la conveniencia o no de que el Derecho penal deba entrar a proteger los sentimientos religiosos (*ex art.* 524 C.p. y *ex* 525 C.p.) fundamenta su conservación en el Código sobre la idea comparativa en plano de igualdad- de la tutela penal a favor de los sentimientos colectivos hacia los animales.

Se realza así, la disposición emocional ante lo religioso como valor,⁴⁴ dentro del repertorio de nuestras evidencias o creencias. Tal grupo soberano de delitos, representa, desde luego, una singular tutela de un valor inherente al libre desarrollo de la personalidad.⁴⁵

Decía el penalista español, fundador del Instituto Vasco de Criminología y miembro de la Compañía de Jesús, Antonio Beristáin Ipiña⁴⁶:

“Resulta poco objetivo y poco inteligente posicionarse en contra de todas las religiones o ignorar el hecho religioso entre las realidades sociales y personales.”

En favor de su conservación, ha de valorarse, principalmente, el contenido de injusto adicional que caracteriza a estas infracciones penales;⁴⁷ bien referido a

⁴⁴ En este sentido, véase, S. CÁMARA ARROYO, *Consideraciones críticas sobre la tutela penal...* cit. 183-184, para quien los sentimientos religiosos, responden a un estado de ánimo afectivo, de respeto y veneración a la religión que se profese, acepción susceptible de encuadrarse en el derecho a profesar o no las creencias, sin limitación y sin perturbación, como una de las manifestaciones individuales del derecho a la libertad religiosa. A juicio de Luis Roca de Agapito, en nuestro vigente Código penal se protege la libertad religiosa en su faceta individual y colectiva además de los sentimientos religiosos entendidos como un componente destacado de la personalidad y dignidad. También, el respeto a los difuntos, en este último caso, con matices propios; véase, *Tratado de Derecho Penal Español...* cit. 487, 506 y 509. En opinión de M^aA. RUEDA MARTIN, en, *Derecho Penal. Parte Especial*. (Coordinadores: Carlos M^a Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel BoldovaPasamar). Segunda Edición. Editorial Comares. Granada, 2022, pp.809-810, el contenido de cada tipo delictivo, se centra en función del respectivo contenido de lo injusto que les es propio, si bien, el elemento común a todos ellos está vinculado a la libertad religiosa y de culto *ex art.* 16.1 de la Constitución. Lleva a efecto la autora una síntesis de la opinión doctrinal respecto al bien jurídico tutelado en estos delitos.

⁴⁵ En este sentido, advierte, G. LANDROVE DÍAZ, “b)El ordenamiento jurídico de cada país, en sus cartas constitucionales, debe reconocer (que no conceder) este derecho civil inherente a la dignidad y libertad personales (...)”, en *La libertad religiosa...* cit. 700.

En función de la coyuntura social y política del momento, ha sido y es, en mayor o menor grado, guardado o no, como tal faceta espiritual del ser humano. Véase, J.E. VILÁ MAYO, *Los delitos contra la religión en el Derecho penal español*, en, *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona.1983, pág. 1.065. (...).

⁴⁶ A. BERISTAIN IPIÑA, *Criminología y Religión...* cit. 152.

⁴⁷ Como señala S. VALMAÑA OCHAITA, en, *Los delitos contra la libertad de conciencia...* cit. 2290, los artículos 522 y 523 del Código penal “consisten fundamentalmente en la imposición violenta de actuaciones que impidan u obliguen a la práctica religiosa” y, los artículos 524 y 525 del Código penal recogen “conductas de profanación religiosa o de escarnio (público de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa o vejación de quienes las practiquen, así como su correlativa para quienes no profesen religión o creencia alguna).” Por su parte, L. ROCA DE AGAPITO, en relación al delito de proselitismo (art. 522 C.p.), destaca igualmente las notas del impedimento o forzamiento a practicar actos de culto o ritos, así como la idea de la formulación casuística al objeto de aglutinar cualquier manifestación, relevante

la afectación del derecho de autodeterminación religiosa, en relación a los delitos de proselitismo ilegal (art. 522 C.p.) y de *turbatio sacrorum* (art. 523 C.p.)⁴⁸ ya, la ofensa de los sentimientos hacia lo religioso individual o colectivamente considerados respecto a los delitos de escarnio (art. 525 C.p.) y de profanación (art. 524 C.p.).⁴⁹

Nos referimos seguidamente al contenido típico de algunos de ellos.

4.1. El delito de escarnio.

El ludibrio o escarnio, es la befa tenaz que se hace con propósito de afrentar;⁵⁰ en este caso, consistente en ridiculizar los sentimientos religiosos al modo de un delito de injurias, desde el punto de vista de la puesta en escena, no así en cuanto al contenido,⁵¹ a la vez que, tal menosprecio o descalificación, puede ser un modo de exclusión del semejante y/o del grupo religioso al que pertenece. Igualmente, cuando se dirija a “quienes no profesan religión o creencia alguna”).

Estamos ante actos “verbales” o “escritos” o “mediante cualquier tipo de documento”, de cariz infamante por razón del hecho religioso, incluso, habría

hacia el exterior, del hecho religioso, en relación al delito de *turbatio sacrorum* (art. 523 C.p.) y la exigencia objetiva de “una adecuación de la conducta para ofender a los miembros de una confesión en sus sentimientos religiosos” y el ánimo de hacerlo, como requisito subjetivo (art. 524 y 525 C.p.); véase, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 496-500-522-523.

⁴⁸ Respecto al bien jurídico tutelado en ambos supuestos, véase, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*. 25ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2023, pág. 835.L. ROCADE AGAPITO, véase, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 489.

⁴⁹ Decimos “hacia lo religioso”, toda vez que en el caso del delito de escarnio (art. 525 C.p.), se protege igualmente tanto los sentimientos de quienes profesan religión o creencia como de quienes no; valor, vinculado también al delito de profanación del art. 524 del Código penal. Incluir en texto principal. Véase, en lo atinente al bien jurídico protegido en ambos delitos, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial... cit.* 835-836. J.M^º TERRADILLOS BASOCO, en, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho penal...cit.* 343, se refiere a los “estados colectivos de ánimo” como tal objeto de tutela, destacando su dificultad para el sistema penal. Enfatizando la univocidad de sentimientos de la colectividad o su consideración individual, como base del bien jurídico en los supuestos de los artículos 524 y 525.1 y las creencias en el del art. 525.2 del Código penal, véase, S. VALMAÑA OCHAITA, *Los delitos contra la libertad de conciencia...cit.* 2302.

⁵⁰ O, de infamar. El catálogo de sinónimos es variado, apareciendo también las siguientes equivalencias: deshonar, desacreditar, desprestigiar, denigrar, descalificar, menospreciar, ofender, ultrajar, difamar, empañar, hartar o vilipendiar, entre otras.

⁵¹ Según lo entiende S. VALMAÑA OCHAITA, S., *Los delitos contra la libertad de conciencia... cit.* 2302.

de valorarse la idoneidad de la “mímica” o el “lenguaje de signos” como medios comisivos.⁵²

“Vejar”, como modalidad alternativa recogida en este delito de escarnio (art. 525 del C.p.), puede identificarse con el concepto de injuria grave o ultraje⁵³ admitiendo cualquier forma de ejecución, incluido el lenguaje gestual al no establecerse un índice de modos comisivos.⁵⁴

No ofrece el Código penal, una genuina acepción de las voces: “escarnio” y “vejación”, recurriéndose a su sentido gramatical, el cual se hace coincidir con el jurídico.

La necesaria concurrencia de “publicidad” en este delito de escarnio (artículo 525 C.p.)⁵⁵torna en irrelevantes penalmente, los actos de naturaleza priva-

⁵² Quizás a través de una interpretación extensiva, en función del sentido razonable de la ley, aplicada, como observa Cerezo Mir, a un hecho que no estando claramente comprendido en su tenor literal, pero si en su espíritu o voluntad. La interpretación –prosigue el autor- consiste en descubrir el sentido o voluntad de la ley, que puede haber hallado expresión imperfecta en su tenor literal; debiendo el sentido de la ley haber hallado expresión, aunque imperfecta, en su tenor literal, debiendo mantenerse dicha interpretación, dentro de los límites del tenor literal del precepto; véase, *Curso de Derecho Penal Español...cit.* 205-206. Crítico con la exclusión de tales elementos comisivos en la artículo 525 del Código penal, J.M^a. TAMARIT SUMALLA, en, *Comentarios al Código Penal Español...cit.*1711; ausencias, de las que se hace eco igualmente, M. GOMEZ TOMILLO, en, *Comentarios Prácticos al Código penal...cit.* 266, para quien, sin embargo, los supuestos a través de imágenes u otras obras plásticas, se encuentran integradas en el ámbito del tipo, atendido la interpretación auténtica que de documento se recoge en el Código penal (art. 26). A favor de la inclusión de documentos telemáticos, dibujos y caricaturas, no así el lenguaje gestual, S. CÁMARA ARROYO, *Consideraciones críticas sobre la tutela penal...195-196*. En opinión, L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 528-529, sí los dibujos, vídeos, cine o música, como tales soportes materiales *ex art.* 26 del Código penal. S. VALMAÑA OCHÍTA, véase, *Los delitos contra la libertad de conciencia...cit.* 2303, aboga por la idoneidad de cualquier soporte que permita la comunicación pública.

⁵³ Así lo entiende, L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 526. En el mismo sentido, en, *Sistema de Derecho penal...cit.*1313, L. MORILLAS CUEVA, priorizando un contenido técnico jurídico atendido la perspectiva del precepto, quien no obstante se hace eco de la acepción gramatical del término.

⁵⁴ En este sentido, J.M^a. TAMARIT SUMALLA, en, *Comentarios al Código Penal Español...cit.* 1711; quien no obstante considera razonable una interpretación restrictiva.

⁵⁵ En relación a este controvertido elemento, véase, L. ROCA DE AGAPITO, L., *Tratado de Derecho Penal Español...cit.*529-530, exponiendo sintéticamente el parecer jurisprudencial y doctrinal. También, J.M^a. TAMARIT SUMALLA, en, *Comentarios al Código Penal Español...cit.* 1710-1711. Crítico con el laxo criterio jurisprudencial al respecto, el Profesor Morillas Cueva, patrocina una interpretación acorde con las exigencias propias de los delitos contra el honor; en *Sistema de Derecho penal...cit.* 1313.

da;⁵⁶ aunque irrespetuosos, no tienen mayor entidad que el carácter grotesco o desabrido del hecho, en su caso, atípico, conforme a una interpretación teleológica restrictiva del precepto.

Este requisito del “reclamo promocional”, ha de valorarse igualmente en los comentarios realizados en el **ámbito** de las redes sociales, siendo importante determinar el *fórum delicti commisi*.⁵⁷

4.2. El delito de Profanación.

El Código penal no da una definición auténtica de la voz “profanación”;⁵⁸ que, como tal deslucimiento, desdoro o deshonor de un “objeto sagrado”, en consonancia con el sacrilegio, la mofa, la irreverencia, la degradación, en definitiva, el demérito, con el matiz de rechazo que conlleva, debe ser objeto de integración, al igual que lo “sacro.”

Tanto la “profanación”, como el “escarnio” y la “vejación” como tales elementos valorativos o normativos,⁵⁹ pueden hallar expresión en la utilización de conceptos o en la referencia a normas jurídicas.⁶⁰

⁵⁶ Así, por ejemplo, parodiar reservadamente una ceremonia o rito de la Comunidad Odinista de España-Ásatrú [conocida también como Círculo Odinista Europeo (COE)] o, disfrazarse en soledad con ornamentos religiosos en la sacristía de una iglesia Cristiana.

⁵⁷ Al respecto, véase, Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo correspondientes al año 2005. Sala General 03/02/2005 1. Asunto: Principio de ubicuidad. Acuerdo: “*El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será competente para la instrucción de la causa*”, siendo primigeniamente desarrollado por la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo 341/2005, de 17 de marzo; en, Acuerdos recientes de la Sala, con indicación de las primeras sentencias que los aplican y que corresponde a la síntesis de la Ponencia del que fuera Presidente de Sala, Don Joaquín Saavedra Ruiz, *Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo*, presentada al Curso “Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico”, celebrado en el marco del Plan estatal de Formación del CGPJ, en el año 2007.

⁵⁸ Es recurrente el recurso al significado que al respecto ofrece el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: “tratar una cosa sagrada sin el debido respeto o aplicándola a usos profanos”, singularmente aceptado por la doctrina. Véase, L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 516-517, aunque perfeccionable dicha conceptualización -en opinión del autor- con las normas propias de cada confesión. También, M^a. L. CUERDA ARNAU, *Derecho penal, Parte Especial*. [J.L. González Cussac (Coordinador)]. 5^a Edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 726.

⁵⁹ El concepto normativo “profanación”, advierte Gómez Tomillo, demanda un acto de valoración escasamente matematizable en orden a determinar la acción jurídicamente relevante del mismo modo que “escarnio” exige de una valoración para dotarlo de contenido; véase, *Comentarios Prácticos al Código penal... cit.* 260 y 267.

⁶⁰ Así por ejemplo, las directamente relacionadas con la ejecución de los ritos de las diversas cele-

También, en la remisión a concepciones o normas de la **Ética social vigente**; en usos socialmente admitidos o, en dogmas⁶¹ y ritos⁶² de las diferentes confesiones, con el riesgo de lesión de la seguridad jurídica ante una excesiva imprecisión.

El propio “sentido atentatorio” contra los sentimientos religiosos inherente a la “acción ejecutada” o en su caso “a la expresión proferida” en “términos de ofensa” jurídico penalmente relevante, son susceptibles de comprensión espiritual, aunque contengan elementos también inteligibles por los sentidos.

La exigencia en este delito de profanación (*ex art. 524 C.p.*) de que el acto haya de llevarse a efecto en “templo”, en “ceremonias religiosas” o en “lugar destinado al culto” suscita el interés, acerca del tratamiento que ha de darse a su materialización en un “espacio no ordenado o previsto para ello”.

¿Podría en ese caso, tener relevancia penal, el trato irrespetuoso dado a un objeto sagrado, como por ejemplo, el Corán, el Crucifijo o la Menorá⁶³ atendido el simbolismo de orden místico que conlleva respectivamente para las religiones musulmana, cristiana o judía?

La nitidez objetiva de la locución legal, “El que en templo” o “lugar destinado al culto”, no supondría un óbice insalvable, atendido el espíritu y finalidad de la norma de dar protección a los sentimientos religiosos en toda su dimensión, al margen de que el acto de profanación se materialice en el transcurso de una “ceremonia religiosa”⁶⁴ o no, siempre que concurra, claro está, el **ánimo** de ofensa de los sentimientos religiosos; ello, con independencia del lugar de comisión del hecho.⁶⁵

braciones del Código de Derecho Canónico.

⁶¹ Definida como “verdad revelada por Dios y declarada y propuesta por la iglesia para la creencia de sus fieles” o “fundamento y punto capital de una religión”. En este sentido, L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho penal...cit.*1313.

⁶² “Conjunto de reglas establecidas para el culto y las ceremonias religiosas”. Véase, L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho penal...cit.*1313.

⁶³ Candelabro o lámpara de aceite de siete brazos propia de la cultura hebrea, descrita en la Biblia.

⁶⁴ Según indica Morillas Cueva, por ceremonia se entiende, “el acto exterior reglado por ley, estatutos o costumbre para dar culto a fórmulas religiosas” y, por acto: “el hecho público solemne como formulación o expresión de la confesión religiosa”; en, *Sistema de Derecho penal...cit.*1313.

⁶⁵ Conforme a una interpretación extensiva en base a la finalidad de la norma ante un eventual defecto de redacción del texto legal, a consecuencia de una expresión rígida en demasía. En este sentido, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Volumen Primero (Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1981, pág. 213, hace notar lo siguiente: “Desde luego, sería total-

Así acontece en relación al delito de *turbatio sacrorum* (art. 523 C.p.), en el que sólo se diferencia una modalidad atenuada para el caso de comisión del hecho en lugar no destinado al culto.⁶⁶

Ello no obstante, conscientes de que la previsión legal del delito de profanación (art. 524 C.p.) ciñe el contenido a las alternativas en ella contempladas (acto de profanación en “templo”, en “ceremonias religiosas”, en “lugar destinado al culto”), de *lege ferenda* sería deseable la provisión de una cláusula de cierre en términos de “en cualquier otro lugar o espacio” que permita incluir, sin forzamiento alguno, estos supuestos, soslayando así el riesgo de incurrir en una vulneración del principio de legalidad.

mente erróneo reducir en Derecho Penal la interpretación al sentido literal puramente externo o natural. Desde siempre se ha considerado que la estricta vinculación al tenor literal es un medio auxiliar inadecuado para garantizar la seguridad jurídica –continúa– “*El sentido literal inmediato puede ser tanto ampliado como restringido, lo importante es el sentido razonable de la ley*”. Observa S. VALMAÑA OCHAITA, *Los delitos contra la libertad de conciencia...cit.* 2302, la atipicidad de conductas no materializadas en templo o lugar destinado a culto. S. CÁMARA ARROYO, *Consideraciones críticas sobre la tutela penal...cit.* 182, explicando el carácter no absoluto de protección de las creencias religiosas frente a la libertad de expresión, parece asumir la idea de la irrelevancia penal extramuros del acto de desdoro y que, en opinión de L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 516 y 519, sería atípico en virtud de la atinada orientación político-criminal que inspira el restrictivo criterio de reprobación; siendo punible únicamente, en el ámbito de una ceremonia religiosa o reconducible en su caso, al delito de escarnio o vejación *ex art.* 525 del Código penal. Repárese no obstante, en que la profanación de un “objeto sacro” para un determinado credo, puede tener lugar, en nuestra opinión, durante la celebración de una ceremonia religiosa o no, sin que por ello, en este último caso, quede huérfano aquél de la sacralidad que le es propia. Así, el ultraje cometido sobre los adminículos u objetos sagrados propios de una confesión religiosa durante su traslado al lugar en el que se va celebrar un acto litúrgico o rito. En este sentido, por ejemplo, el canon 1171 considera como cosas sagradas las destinadas al culto mediante “dedicación” o “bendición” el canon 1376 del Código de Derecho Canónico; distingue entre las “cosas sagradas”, los “muebles” y los “inmuebles”. Véase, por ejemplo, el conocido caso del Crucifijo utilizado irreverentemente en un espacio televisivo (Sentencia 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de los de Madrid, en la que se absolvía al cantautor y poeta español, Javier KraheSalas). Los hechos acontecían fuera de los ámbitos designados en el precepto (art. 524 C.p.).

⁶⁶ Roca de Agapito se muestra crítico con la postulación en favor de considerar penológicamente equiparables –conforme a la regulación actual– los lugares en los que se celebran actos de culto de modo ocasional o hayan quedado en desuso a tal fin; véase, *Tratado de Derecho Penal Español...cit...*502.

4.3. El delito de falta de respeto a los difuntos.

La violación de sepulcros o sepulturas del artículo 526 del Código penal,⁶⁷ tiene una doble virtualidad: bien constituir una infracción contra la salud pública, que se pone en peligro al dejar al descubierto restos mortales ya contra la religión, al vulnerarse la disposición emocional desde un punto de vista místico hacia los difuntos; razón por la cual, se cuestiona el bien jurídico tutelado en este delito y su ubicación sistemática.⁶⁸

Nuestro legislador optó por la segunda alternativa. La falta de consideración o decoro a los difuntos recogida en el tipo, es la definición auténtica del bien jurídico protegido, al que el Legislador dispensa una protección de tenue intensidad, conforme a una clase de delito de limitada entidad.⁶⁹

La solución legislativa de considerarlos en el ámbito de los delitos contra la salud pública fue, sin embargo, el parecer técnico seguido, por ejemplo, en el Código penal de 1870.

Incluso, en un sentido nada continuista, podría conceptuarse como un atentado contra la integridad moral de los familiares o allegados del difunto, si los hubiere, que se ven privados del respeto debido a los restos mortales de la persona querida, según sus costumbres o creencias religiosas.

⁶⁷ Conforme al precepto: *”El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruir, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.”*

⁶⁸ Al respecto, véase, L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho penal...cit.* 1306. Entre muchos otros casos que acontecen en torno a estas conductas en nuestro país, el Diario, “El Periódico de Aragón” en su edición del día, 04.01.2019, daba a conocer la noticia de la profanación de varias tumbas, hecho respecto del cual, la investigación policial descartaba los motivos satánicos, si bien tienen detalles en común como que la data de la muerte es de 1987 y que los cadáveres estaban enterrados en la zona. Informaba también de un antecedente similar acaecido hace 14 años en tumbas de fallecidos de etnia gitana, cuyo móvil era el ánimo de lucro y otro del año 2002, sobre 84 tumbas.

⁶⁹ En este sentido, en la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003), conforme a la cual se determinó su pena actual, se indicaba lo siguiente: *“(...)Las reformas más destacables en la parte general del Código Penal son las siguientes: a) La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia (...).”*

También, su consideración como mero ilícito administrativo ya que a través de este sector del Ordenamiento jurídico es posible crear estados o situaciones valiosos conforme a los valores ético-sociales o culturales.⁷⁰

Ello, claro está, con las limitaciones que desde el punto de vista sancionador se derivan de la Constitución⁷¹ para la Administración civil, que no puede imponer sanciones privativas de libertad.

5. Elementos subjetivos.

Los elementos subjetivos de lo injusto inherentes a estos ilícitos, son de difícil verificación a veces. Además del dolo, común a todos ellos, un elemento subjetivo adicional, puede constatarse, por ejemplo, a través de la locución legal: “en ofensa”, núcleo del delito de profanación (art. 524 C.p.) o, “para ofender”, que lo es del de escarnio (art. 525 C.p.), delito este último, en el que cabe valorar la presencia de otro elemento subjetivo en la propia voz “escarnio”, que conlleva la pretensión del agravio.⁷²

⁷⁰ En este sentido, véase, J. CERESO MIR, véase, *Curso de Derecho Penal Español...cit.* 44, para quien lo ilícito administrativo no es ético-social o culturalmente indiferente. Desde el núcleo central del Derecho penal hasta las infracciones administrativas fluye una –según el autor– “línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo”.

⁷¹ Según determina el art. 25.3: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente. Impliquen privación de libertad.”

⁷² Véase, S. ValmañaOchaíta, *Los delitos contra la libertad de conciencia...cit.* 2303. En opinión de Gómez Tomillo, la concurrencia del elemento subjetivo de lo injusto (intención de ofender los sentimientos de una confesión religiosa) es obvia en relación del delito de escarnio (art. 525 C.p.); sin embargo, en relación a la locución legal “en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados” requerida en el delito de profanación (art. 524 C.p.), observa su posible consideración como el resultado del delito o la conformación de un delito de peligro como alternativas a un elemento subjetivo; no obstante lo cual, a su juicio, “el tipo se satisface con la idoneidad de la conducta para afectar los sentimientos religiosos”; véase, *Comentarios Prácticos al Código penal, Tomo VI, Delitos contra la Constitución, el orden público. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la Comunidad internacional. Artículos 472-616 quáter.* [Gómez Tomillo, M./Javato Martín, Antonio M^a (Directores)]. Thomson Reuters. Aranzadi. Primera Edición. Pamplona, 2015, pp. 260-261 y 268. Para Roca de Agapito, resulta más satisfactoria la consideración “en ofensa” como elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo; de otro modo, el tipo subjetivo quedaría colmado sólo con el dolo (tanto el directo como el eventual); véase, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 521. En opinión de L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho penal. Parte Especial.* [Lorenzo Morillas Cueva (Coordinador)]. 2ª Edición. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 1312-1313, la presencia de la preposición “en” evidencia la necesaria concurrencia del ánimo

Los obstáculos –a veces, sobreactuados- para afirmar la integridad delictiva, hacen que la necesaria constatación de estos elementos deba colegirse, entre otras circunstancias, fundamentalmente, de la propia dinámica de los hechos.⁷³

La fórmula de la contemplación *ex ante* -por el juzgador- en el momento previo a la exteriorización por parte del sujeto activo de las particularidades concomitantes a los hechos, el modo en el que se ejecutan, dimensionando el contexto, su naturaleza y contenido, así como su capacidad para producir consecuencias perjudiciales, permite desde luego ponderar en alto grado, la integración o no de los diferentes delitos.

de ofender los sentimientos religiosos; elemento subjetivo de lo injusto, igualmente presente, “*en clave de animus injuriandi*” según el autor, en relación al escarnio o vejación. Ha señalado oportunamente, S. CÁMARA ARROYO, *Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Vol. LXIX, 2016, pág. 192: “*Es en la parte subjetiva del tipo penal donde se encuentra el verdadero debate dogmático y la despenalización de determinados exabruptos, chistes de mal gusto, humor negro, etc.*” Entre los antecedentes judiciales, véase por ejemplo, la Sentencia 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de los de Madrid, en la que se absolvía al cantautor y poeta español, Javier Krahe Salas, de un delito continuado contra los sentimientos religiosos (art. 525 C.p.) al considerarse que no concurre la intención de menoscabar, humillar o herir los sentimientos religiosos; resolución confirmada por la núm. 224/2013, de 2 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección decimosexta). Igualmente, el Auto 809/2011, de 29 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección decimoséptima), confirmando el Auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 48 de los de Madrid, relativo un calendario en el que se asocian a la Virgenimágenes con contenido sexual, que dio lugar a la incoación por el delito de escarnio (art. 525 C.p.). La Audiencia Provincial declaró que la acción típica consiste en hacer escarnio de dogmas, creencias, ritos o ceremonias haciéndolo públicamente, de palabra, por escrito o por cualquier otro documento, además de un elemento subjetivo de lo injusto: que la acción se realice para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa. A favor de una “exigencia subjetiva” de ofensa de los sentimientos religiosos, véase, L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español... cit.* 522-523.

⁷³ Como por ejemplo, así se observa en el Auto 809/2011, de 29 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección decimoséptima): “(...): *Un examen del procedimiento permite advertir que, como explica el Juez de Instrucción, el imputado niega en su declaración haber pretendido ofender a los sentimientos de la Iglesia Católica. Sin embargo, debemos acudir a otros datos fácticos para determinar si, efectivamente, fue así en el caso de Autos. (...)*”

Nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha, 04.12.2018,⁷⁴ en referencia al delito de *turbatio sacrorum*, indicaba lo siguiente:

“(...) Es decir, es exigible que el sujeto sepa que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando, de forma relevante, un acto, función, ceremonia o manifestación de esa confesión religiosa, y que a pesar de ese conocimiento ejecute la acción. Igualmente, es preciso que conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto (...).”

Esta consideración es extrapolable, desde luego, al resto de delitos en materia de sentimientos o libertad religiosa.⁷⁵

Por otra parte, la justificación de estas conductas a través del demandado ejercicio del derecho a la libertad de expresión,⁷⁶ da lugar a absoluciones o archi-

⁷⁴ Dictada conel núm. 620/2018,de la que ha sido ponente, la Excm. Magistrada, Doña Carmen Lamela Díaz, y que desestima el recurso formulado contra la sentencia de Audiencia (Sección Cuarta) Provincial de Gerona por la que se había condenado al autor de los hechos por un delito del art. 523 C.p., como consecuencia de la interrupción pacífica y por espacio de dos o tres minutos del rito católico, en un templo, al objeto de protestar contra la tramitación de una reforma en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

⁷⁵ Así por ejemplo, observa L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 531 y 522, en relación al delito de escarnio (art. 525 C.p.): “a través de la exigencia de publicidad se puede entender delimitada ya objetivamente la ofensividad de la conducta por su adecuación para producir el resultado de escándalo o desagrado en los sujetos pasivos.” y, respecto al de profanación, señala el autor: “una adecuación de la conducta para ofender a los miembros de una confesión en sus sentimientos religiosos.”

⁷⁶ Véase por ejemplo, la Sentencia 353/2004, de 7 de junio, de la Audiencia Provincial de Sevilla -revocando la condenatoria (art. 525 C.p.) dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Sevilla-. Se enjuicia el comportamiento del acusado, que publicó en su página *web* imágenes de la Virgen acompañada junto a los órganos genitales de un varón, a la vez que hacía comentarios toscos y con contenido directamente sexual contra la Virgen. Según la resolución de Audiencia, “(...) Resulta obvio como ya hemos anticipado, que el artículo nos parece soez, irreverente e inadecuado y su autor podía haber utilizado otra imagen o modos para realizar su crítica, a todas luces acaparada por el derecho a la libertad de expresión reconocida por el art. 21.1 de la Constitución Española, (...)” Igualmente, en el Auto 251/2011, de 9 de junio, de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda), revocando el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de esa ciudad, admitiendo una querrela a trámite, entre otros, por el delito del art. 525 C.p., se cuestiona si las opiniones vertidas por el querrellado, el actor y cómico, Leo Basi, en la Universidad de Valladolid atentan contra la libertad religiosa del art. 525 CP, al igual que de discriminación, odio, violencia y un delito de amenazas, todo relacionado con el espectáculo del acusado. El Tribunal entiende que los hechos que aparecen solo ponen de relieve un posicionamiento laico del conferenciante, sin que constituya escarnio de dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación a quienes los profesan, y tampoco se aprecia dolo de ofender los sentimientos religiosos. La imitación del Papa es una parodia sin llegar a contener elementos denigrantes o humillantes por representarlo, en cuanto a los preservativos no se puede

vos y sobreseimientos;⁷⁷ todo ello, dicho sea con la máxima prudencia, dado que la valoración de los hechos, en cada caso, es una cuestión que sólo atañe a los Tribunales de Justicia, que, junto a los Letrados de las partes en el proceso y el Ministerio Público, conocen cabalmente, en su plenitud.

6. Consideraciones finales.

Conforme al amplio alcance que tienen los derechos de libertad de expresión, de pensamiento y de opinión *ex* artículo 20 de la Constitución, no debe ser objeto de reproche el ejercicio de libre plática del parecer religioso, sino, sólo, las vejaciones, burlas, apremios ilegítimos y coerciones –como forma de expresión, si se quiere- que por su entidad y/o modo de presentarse superan tal nivel.⁷⁸

extraer una interpretación clara de la Consagración. El hecho de no creer en los dogmas de una religión y manifestarlo públicamente entra dentro de la libertad ideológica y de expresión, por lo que no entraña comportamiento censurable penalmente. El Tribunal señala que no hay ningún atisbo de delito contra los sentimientos religiosos del art. 525 CP, y acuerda el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.

⁷⁷ Al respecto, véase, L. ROCA DE AGAPITO, *Tratado de Derecho Penal Español...cit.*, 536-537. ¿Habrá de valorarse quizás, como puntualiza Francisco Muñoz Conde, una eventual concurrencia de lesión de otro bien jurídico adicional? Véase, *Derecho penal, Parte Especial... cit.* 835. El Diario “El País”, en su Editorial del día 25.10.2018, a propósito de la proposición de ley de la formación política, “Unidos Podemos” para revisar un conjunto de delitos relacionados en último extremo con la libertad de expresión, entre ellos, los de ofensa a los sentimientos religiosos, se hace eco de esta situación: “(...) Finalmente, y por lo que respecta a la ofensa de los sentimientos religiosos, los casos más recientes muestran la dificultad a la que se enfrentan los jueces y fiscales para evaluar este género de delitos, muchas veces a merced de sus propios sentimientos. (...)”.

⁷⁸ “(...)El proceder utilizado para realizar esa crítica nos parece tan burdo como simplista y carente de cualquier virtud intelectual apreciable, pero ni la fotografía ni el texto cuestiona directa o indirectamente ningún dogma, creencia, rito o ceremonia de la religión católica, sólo utiliza una conocida imagen para escandalizar y provocar una polémica que difícilmente conseguiría con el uso de una imagen no religiosa o, incluso, con poca devoción de la ciudad, cuestión que, al parecer, es lo que pretende resaltar el autor sin darse cuenta que las numerosas faltas de ortografía que contiene el texto bastaría para escandalizar a cualquier lector sin necesidad de ningún añadido más. (...)”, indicaba la Sentencia 353/2004, de 7 de junio, de la Audiencia Provincial de Sevilla -revocando la condenatoria (art. 525 C.p.) dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Sevilla-, censurando el tosco modo en el que el acusado, había exteriorizado su opinión asociando imágenes de inequívoco contenido sexual a la Virgen. Igualmente, los hechos ocurridos durante el carnaval de Las Palmas de Gran Canaria en el mes de Febrero de 2017, consistentes en una actuación con simulación de la imagen de la Virgen María y Jesús Crucificado con cuatro personas vestidas de nazarenos, con una canción obscena, con baile provocativo, en el marco de un contexto propio de un paso de Semana Santa. La denuncia de los hechos se tramitó como constitutivos de una ofensa a los sentimientos (art. 525 C.p.) de los

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso “Mariya Alekhina y otras contra Rusia”), recogió en su Sentencia de 26 de junio de 2018, lo siguiente:

católicos y en concreto, a los dogmas como la consideración de Jesucristo como el hijo de Dios, y de la Virgen María como la Madre de Dios. La Fiscalía de la Audiencia Provincial, ante la que se había presentado la denuncia archivó las diligencias de investigación al entender que no había ninguna intención de ofender con la actuación realizada, sino simplemente crear una polémica. El propio denunciado pediría perdón públicamente, por si alguien se había sentido ofendido con su actuación. También, la Sentencia núm. 69/2016 del Juzgado de lo Penal núm. 6 de los de Madrid, de fecha, 18.03.2016) en la que se condenó a Rita Maestre Fernández como autora de un delito contra los sentimientos religiosos (art. 524 C.p.) al acceder en compañía de otras personas a la Capilla del Campus de Somosaguas, portando alguna de ellas imágenes del Papa con una cruz esvástica, e invadiendo el espacio destinado al altar, rodeando el mismo y leyendo un manifiesto crítico con los postulados de la Iglesia Católica en relación a la sexualidad, ante las personas que allí oraban. Finalizada dicha lectura, la acusada Rita se quitó la camiseta, quedándose en sujetador, y, otras mujeres se desnudaron de cintura para arriba, dándose, asimismo, dos mujeres un beso en la boca, tras lo cual se dirigieron hacia fuera de la Capilla gritando: “Vamos a quemar la Conferencia Episcopal” y lanzando soflamas obscenas e irrespetuosas. La sentencia de Instancia fue revocada por la de Audiencia, de 16 de diciembre de 2016. O, el de los hechos acaecidos en la Plaza de la Libertad de Pamplona, donde se exhibieron cuatro fotografías en las que se veía al investigado en una superficie colocada sobre el suelo, sobre la que se había escrito “PEDERASTIA” con formas consagradas que había cogido al comulgar y que fue archivado mediante Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Pamplona, y confirmado por el Auto 429/2016, de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Primera). Igualmente, el caso del calendario en el que se asociaban a la Virgen, imágenes de contenido sexual, visto en apelación en el Auto 809/2011, de 29 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección decimoséptima), y -confirmatorio del Auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción-. “(...) asociar fotografías de inequívoco contenido sexual con una imagen de la Virgen resulta no sólo contrario a las buenas costumbres sino irreverente, de exquisito mal gusto o soez (...)” indica el Auto de Audiencia y antes: “(...) la repulsa que puede causar un método para la crítica que podría haberse realizado de otra forma sin necesidad de herir sentimientos ajenos con un proceder tan burdo (...)”. En la Sentencia 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de los de Madrid, en la que se absolvió a Javier Krahe, de un delito continuado contra los sentimientos religiosos (art. 525 C.p.), en la que el Tribunal catalogó los hechos – entre ellos, introducir un Crucifijo en un microondas- “del legítimo ejercicio y difusión de una expresión artística que, con un componente burlesco, hizo una crítica del fenómeno religioso en nuestra sociedad.” Como nos recuerda la jueza Elósegui en su voto parcialmente disidente con el de la mayoría en la Sentencia de 26 de junio de 2018 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso “Mariya Alekhina y otras contra Rusia”), refiriéndose al voto concurrente del juez Pinto de Albuquerque, en la Sentencia del TEDH, de 26.06.2014 (caso Krupo y otros contra Rusia): “...el Estado tiene una obligación positiva de proteger el derecho de reunión de los creyentes, garantizando que tanto ellos como sus lugares de culto son absolutamente respetados por el Estado y por los actores no estatales, y cuando se producen ataques contra ellos, investigarlos y castigarlos”. Para una visión del parecer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al conflicto entre libertad de expresión y sentimientos religiosos, véase, L. ROCA DE AGAPITO, L., *Tratado de Derecho Penal Español...cit.* 510-515.

“(...) cualquiera que ejerza los derechos y libertades acaparados en el primer párrafo del artículo 10, asume “deberes y responsabilidades”. Entre ellos (...) la obligación de evitar en la medida de lo posible expresiones injustificadamente ofensivas hacia terceros y con ello vulnerar sus derechos, lo que en cualquier caso no contribuye a ningún tipo de debate público capaz de fomentar el progreso en asuntos humanos (...).”⁷⁹

Quizá, no es aventurado pensar, que no existe un elemento clave, infalible, para conformar criterio u opinión en orden a valorar si los medios seleccionados como mecanismo para hacer crítica del hecho religioso y sus diversas manifestaciones, son o no armónicos y por *ende*, adecuados, más aún, atendida la índole de situaciones, que en ocasiones, no guardan semejanza.

El mero ejercicio de ponderación de intereses derivado de la conjugación del derecho a la libertad de expresión y del derecho la libertad religiosa y de culto en toda su extensión, parece no ser suficiente. Prueba de ello, es la orfandad de una unidad de criterio en nuestros Tribunales a la hora de, permítasenos así decirlo, “abordar” este marco delictivo.

Destinar un ápice de la capacidad de reflexión de la que goza el individuo ante ciertos acontecimientos o actividades y adecuar o modificar la conducta para no recibir o producir perjuicios innecesarios, puede resultar un buen planteamiento metodológico.

Nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha, 04.12.2018,⁸⁰ advertía en su Fundamento de Derecho Segundo:

“(...) “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: [...] practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades”, entre otros derechos.(...)”

⁷⁹ Se hace eco el Tribunal en el párrafo 177 de su calendada resolución, del criterio mantenido en el antecedente asunto *Otto-Preminger-Institut*.

⁸⁰ Dictada con el núm. 620/2018, de la que ha sido ponente, la Excm. Magistrada, Doña Carmen Lamela Díaz, y que desestima el recurso formulado contra la sentencia de Audiencia (Sección Cuarta) Provincial de Gerona por la que se había condenado al autor de los hechos por un delito del art. 523 C.p., como consecuencia de la interrupción pacífica y por espacio de dos o tres minutos del rito católico, en un templo, al objeto de protestar contra la tramitación de una reforma legal en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Los hechos acaecían en el mes de febrero del año 2014.

y, continúa, haciéndose eco de otro antecedente de la misma Sala:

“(…) decíamos que para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión y de manifestación, extrapolable ahora también al de reunión, ”...no siempre es imprescindible impedir a los demás el ejercicio de su derecho, también fundamental a la libertad de culto como manifestación del derecho a la libertad religiosa. Si ambos derechos pueden ejercitarse de forma libre y suficiente, no es lícito pretender que uno de ellos suprima la posibilidad de ejercicio del otro (...) si al acusado le asistía el derecho de expresar libremente su opinión –refiriéndose la sentencia a la resolución previa-, y de manifestarse para ello, dentro de los límites legales, “ello no le autorizaba a hacerlo actuando en el interior del lugar destinado al culto, cuando el ejercicio de ambos era compatible”.

Ningún otro orden como el penal, como tal instrumento de tutela, transmite más notoriamente los cambios de los valores ético-sociales vigentes, sirviendo además, de cohesión y hasta de promoción de los mismos.

Como nos recordara Jiménez de Asúa,

“Desde que Carlos Binding nos descubrió su concepto de las normas, sabemos que antes que la ley sancionadora, la norma vive en el regazo de las sociedades. Hacer una ley no es inventar delitos ni trazar penalidades a capricho. Es captar la realidad en fórmulas escritas, interpretar las normas de cultura (...)”⁸¹

¿Se necesita actualmente una protección penal del valor religioso?

¿Es adecuado el actual repertorio delictivo para satisfacer las necesidades de protección de la libertad religiosa, como valor del Estado de Derecho?

¿Resulta preferible una política de destipificación de estas conductas y su reconducción a una ley sancionadora administrativa?

Decían del Código penal español de 1870, que era una prenda de libertad en materia religiosa, puesto que respondía a las doctrinas de la Constitución de 1869, que se fundaba en la libertad de cultos.⁸²

También, el Código penal de 1932, que no aspiró más que hacer una reforma del 1870, respaldando la Constitución de 1931.⁸³

⁸¹ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del Código gubernativo*. Primera Edición. Javier Morata, Editor. Madrid. 1930, pág. 55.

⁸² Véase, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio del Derecho penal... cit.* 22.

⁸³ Así se advertía en la propia Exposición de Motivos, en su apartado II. *Razones de la parquedad*

Con estos antecedentes, no parece inadecuado, impropio, seguir proveyendo de una respuesta jurídico penal para los ataques más graves, mediante la alternativa sistemática que presenta el Código penal; ofreciendo una coherente respuesta a los postulados de nuestra Constitución.

de la reforma. Véase Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código Penal de 1870. Reformado con arreglo a la ley de Bases de 8 de septiembre de 1932. Primera Edición Oficial. Madrid. Editorial Reus, S.A., 1932, pp. 7 y ss.

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL: EN BÚSQUEDA DE UNA MAYOR EFICIENCIA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Excmo. Sr. D. Javier López Sánchez
Académico de número

1. La eficiencia como objetivo de la Administración de Justicia

Durante años, la preocupación de teóricos y prácticos del Derecho procesal ha sido la de garantizar el acceso a la justicia. La introducción de mecanismos de justicia gratuita, la flexibilización de los presupuestos y requisitos del proceso bajo el imperio del principio *pro actione* incluso el desarrollo de las acciones colectivas han perseguido que todos puedan alcanzar la tutela jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Esta aspiración determinó la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24 de nuestra Constitución. También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 47 consagra el Derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, con referencia expresa a la asistencia jurídica gratuita como instrumento para lograrla.

Garantizado el acceso universal, nos encontramos –en una sociedad de masas y con una elevada conciencia de sus derechos– con problemas de congestión, ralentización y demoras –cuando no frustración– en el logro de la tutela jurisdiccional.

Así, desde hace unos años se ha vinculado la noción de eficiencia a la actividad jurisdiccional, de modo que esta no solo debe orientarse al logro de una solución justa y conforme a Derecho, con la observancia de las garantías propias del debido proceso, sino que además dicha solución debe obtenerse de un modo eficiente. Una sentencia tardía, por más que se haya obtenido con las debidas

garantías y por mucho que sea conforme a Derecho, puede resultar una sentencia vana, inoperante e inservible.

a) La Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia

En el seno del Consejo de Europa se constituyó, en 2002, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ). Su propia denominación muestra de modo paladino cual es el nuevo objetivo asignado a la Administración de Justicia: la eficiencia.

Cuenta con representación de 46 países europeos y su actividad se centra en la elaboración de informes que aporten unos parámetros de valoración de la calidad de la Justicia en el ámbito europeo. Estos informes, no cabe duda, que tienen una influencia determinante en las políticas en materia de justicia que se están abordando o que al menos se intentan abordar en los distintos países de nuestro entorno europeo. El último informe, del año 2022, que analiza la situación europea en 2020, ha centrado su atención ciertamente en los cambios operados como consecuencia de la pandemia del Covid-19 y también, y principalmente, en la inversión en Justicia. Analiza los presupuestos de los distintos Estados con sus partidas de Justicia, retribución de jueces y fiscales y inversión en tecnologías de la información.

En el caso de España, se dedicaron casi 4200 millones de euros a Justicia con una inversión de 87,9 euros por habitante, mientras que la media de los países europeos es de 76 euros. Cabe reseñar, que conforme a ese informe, España es el país más eficiente del ámbito del consejo de Europa en la tramitación de la segunda instancia.

Sin perjuicio de los puntos que han sido objeto de atención en este último informe, cabe destacar cuáles son los principales focos de atención del CEPEJ, que se traducen en líneas de trabajo y se concretan en herramientas estadísticas para la fijación de objetivos de actuación política.

Un primer ámbito –y el más general– se centra en la calidad de la Justicia. La propia CEPEJ admite que este concepto de calidad es difícilmente aprehensible si bien entiende que puede concretarse en los siguientes parámetros: la ecuanimidad de los procedimientos judiciales, su duración, la publicidad de la decisión, pero también la transparencia del procedimiento, la adecuada protección a los menores y los vulnerables, la comprensibilidad de la acusación y la instrucción, en el ámbito penal y, en general del procedimiento y la sentencia, el derecho a la asistencia jurídica y la garantía del acceso a la justicia.

El segundo ámbito, y ya mencionado entre los elementos que inciden en la calidad de la justicia, pero que es objeto de atención aislada y pormenorizada,

es el de la duración de los procesos y el volumen de asuntos de los que conocen los tribunales. Los resultados no se suelen considerar satisfactorios y es un lugar común y reiterado la propuesta del fomento de la mediación y las soluciones acordadas para lograr una descongestión de la actividad jurisdiccional. A tal fin, se ha constituido un grupo de trabajo especializado, el grupo SATURN.

Un tercer ámbito, y que es una proyección de los ya analizados –calidad y duración de los procesos– se sitúa en la ejecución y, concretamente, en su duración. En España, la situación es preocupante, porque si los procesos declarativos tienen una duración media de entre 7 y 8 meses, los procesos de ejecución se demoran hasta 40 meses. Ciertamente, la duración de la ejecución viene condicionada, en buena medida, por la solvencia del deudor. Ante un deudor insolvente, el proceso de ejecución más eficiente no podrá lograr satisfacción alguna del derecho del ejecutante. Pero los estudios han advertido que, en particular en España, la mitad de las subastas judiciales se declaran desiertas, no hay pujas. Los mecanismos para la obtención de una ejecución dineraria se muestran como sumamente ineficientes en atención a los medios desplegados y los resultados obtenidos. Hay así, planteamientos que aconsejan llevar las subastas a entidades conocedoras del mercado y que actúen con mayor flexibilidad. La CEPEJ ha iniciado una línea de trabajo centrada en la eficiencia de las subastas judiciales y, en especial, de las subastas electrónicas. Ahora bien, en el ámbito de la ejecución, la eficiencia no debe analizarse solo desde la perspectiva del logro de la efectividad de la tutela respecto del ejecutante, sino también en atención a que la ejecución no se lleve a cabo con una lesión desproporcionada del ejecutado.

Un cuarto ámbito de atención, más novedoso, se orienta hacia la incidencia que la inteligencia artificial puede tener en la actividad jurisdiccional. Si bien, la digitalización de la justicia se había venido considerando como un factor de calidad y que podía contribuir a su mejora, a una justicia más rápida y eficiente, la irrupción de la inteligencia artificial ha ampliado el objeto de análisis hacia las nuevas soluciones que esta herramienta puede proporcionar.

Cabe advertir que la noción de eficiencia se vincula, como habíamos adelantado, con la idea de que hay una excesiva carga de trabajo en los tribunales.

Los problemas pueden enfocarse desde dos perspectivas: la insuficiencia de medios personales y materiales puestos al servicio de la administración de justicia, por una parte, y por otro, la inadecuación de la regulación de los procesos para el logro de una respuesta judicial rápida y efectiva.

Ciertamente, las inversiones en recursos personales y materiales no admiten, ante la limitación presupuestaria, una progresión indefinida. Cabría preguntarse

si se ha producido, al menos, en una progresión proporcionada al aumento del gasto público, pero, finalmente, es una decisión política –en el sentido noble del término, porque lo tiene, o al menos lo tuvo– y quizá haya otras necesidades más apremiantes, inexcusables e inaplazables. Las cifras ofrecidas por el CEPEJ muestran que España no se encuentra a la cola en inversión en Justicia. Quizá podría invertirse de un modo más eficiente. No es el tema que hoy nos ocupa. Si en la ecuación, fijamos el factor que hace referencia a los recursos como un valor constante, la variable con la que tenemos que operar no es otra que la regulación de la organización jurisdiccional y procedimental.

b) La eficiencia organizativa y procesal: las reformas de Klein y Woolf

En este contexto de la existencia de una Comisión para la Eficiencia y sus cuatro objetivos, se entienden los tres proyectos de Ley preparados en la anterior legislatura, de eficiencia organizativa, eficiencia procesal y eficiencia digital y que se vieron truncados como consecuencia de la convocatoria de elecciones anticipadas. El nuevo gobierno ya ha tenido ocasión de anunciar su propósito de darles continuidad.

La noción de eficiencia se proyecta sobre la organización del trabajo del tribunal adecuando su actividad al logro de un mayor rendimiento en términos cuantitativos. Se centra la atención en el *case-management*, que podríamos traducir como la gestión de los asuntos. Y este enfoque se adopta desde una doble perspectiva.

En primer lugar, la atribución del conocimiento de los asuntos debe atender no solo a criterios de predeterminación legal del órgano, sino de racionalización de la distribución de la carga de trabajo. Este era el enfoque seguido en la Ley de eficiencia organizativa y en la instauración de los denominados tribunales de instancia.

En segundo lugar, la misma tramitación del proceso –me resisto a utilizar el término gestión– exige una más intensa implicación del tribunal en la articulación de los distintos trámites.

En nuestro ordenamiento jurídico, ya dimos un paso en esa dirección con la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año dos mil. La ordenación de nuestro proceso se articuló en torno a la oralidad –mitigada por la formulación de los escritos de demanda y contestación por escrito– y la concentración de las actuaciones.

Se asumían así las ideas inspiradoras de la reforma que el ministro Klein introdujo en 1895 al sustituir el Código Josefino por un nuevo Código Procesal

Civil. El viejo proceso civil austriaco se caracterizaba por un exacerbado formalismo, una vigencia absoluta del principio dispositivo no solo para la determinación del objeto, la formulación de alegaciones y la proposición de prueba, sino incluso para el impulso procesal. Y añádase a esta estructura una preponderancia asfixiante de reglas de valoración tasada de la prueba. Klein las suprimió, instaurando un principio de libre valoración de la prueba. Por otra parte, la estructura procedimental alumbrada por Klein pivotaba en una primera audiencia preliminar, con formulación oral de las pretensiones, en la que se podrían resolver las cuestiones procesales que impidieran entrar al conocimiento del fondo del asunto, con un reforzamiento de los poderes de oficio del juez en relación con la ordenación del procedimiento y el intento de alcanzar una solución acordada en esa misma audiencia. Uníase a esta medida la concentración de la práctica de la prueba en la posterior vista caracterizada por los principios de inmediación y publicidad.

No obstante, el pensamiento de Klein resultaba mucho más ambicioso. En su obra *Pro futuro*, que recoge un nutrido número de artículos en los que bosquejaba sus ideas sobre el futuro del proceso civil, concebía que este debía dirigirse hacia la averiguación de la verdad material y entendía que su desarrollo debía inspirarse en el principio de colaboración entre el juez y las partes para el logro de una solución. Klein entendía que la misma existencia del proceso civil, el fenómeno de la litigiosidad, era un mal debía evitarse a toda costa¹.

La reforma austriaca y su visión social del proceso, no fue asumida en las reformas que se llevaron a cabo en el código procesal alemán de 1897 en las primeras décadas del siglo XX, aunque tuvieron una notable influencia. Un conjunto de artículos de Wach, abordan el estudio de la reforma austriaca y en ellos, el autor alemán rechaza el dogmatismo con que se impuso la forma oral en el proceso civil austriaco, abogando por una solución moderada en la que se compaginase el desarrollo oral del proceso con la presentación escrita de los escritos iniciales. Rechazó enérgicamente que el proceso civil debiera servir a la verdad material y defendió la pervivencia del principio dispositivo. Ahora bien admitió la necesidad de que el juez asumiese el impulso del proceso, que pudiera rechazar alegaciones innecesarias, el establecimiento de un sistema de preclusión de alegaciones y la práctica de la prueba bajo un principio de inmediación judicial².

¹ Sobre estos planteamientos de Klein, *cfr.* VAN RHEE, “Evolución del Derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal” en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 2, n° 2, 2011, págs. 21 y ss.

² En relación con las posturas de Wach *cfr.* PÉREZ RAGONE, Á., “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y

Fácilmente se reconoce en el esquema de Klein y en los principios de Wach las formas de nuestro juicio ordinario. Debe admitirse que un proceso oral y concentrado no solo comporta una modificación del modo de sucederse los actos, sino sobre todo una distinta actitud del juez que, bajo el principio de inmediación, debe dirigir la audiencia previa y el posterior juicio. Esta estructura reclama una implicación del juez quien –en la audiencia previa– debe concretar, con las partes, las cuestiones que serán objeto de enjuiciamiento y sólo admitir la prueba que resulte pertinente y útil a tal objeto.

Al tiempo que en España se abordaba la reforma de Ley de Enjuiciamiento Civil, Inglaterra y Gales llevaban a cabo una profunda reforma de su sistema procesal. Se trata de la reforma Woolf. Fue una reforma mucho más profunda que la española, en cuanto que modificó la estructura orgánica de los tribunales ingleses y del País de Gales. Su complejidad hace que cualquier referencia que aquí pueda hacer resulte excesivamente simplista. No obstante, conviene señalar que esta reforma ahonda en la noción de eficiencia fijándose como objetivo reducir la duración y coste de los procesos.

La reforma Woolf parte de la base de que los justiciables no hacen un uso racional del sistema. La elevada litigiosidad se contempla como un mal dato que hay que reducir: Woolf coincide en su valoración con Klein. En un informe previo a la reforma elaborado por Woolf bajo el título “Access to justice” defiende la idea de que lo «normal» es que los litigantes intenten atribuirse la mayor asignación de recursos públicos posibles para la resolución de su litigio, en términos de formulación de alegaciones, recursos y proposición de medios de prueba. En este sentido, considera que debe ser el tribunal el que gestione el proceso de manera que este alcance su fin institucional con una asignación justa y proporcional de recursos a cada caso —*fairallocation of resources*—. Tres fueron los principios que inspiraron su reforma: la introducción de reglas fáciles y comprensibles que permitieran acudir a los tribunales sin asistencia letrada, la proporcionalidad entre los costes del proceso y la cuantía de la controversia y la incorporación de un criterio de eficiencia en su gestión.

Uno de los objetivos abiertamente confesado era la desjudicialización de los procesos y a tal fin se introdujeron los denominados “pre-action protocols”: un procedimiento previo al jurisdiccional y de carácter obligatorio con la finalidad de alcanzar un acuerdo. La compulsión al acuerdo se introduce mediante la admisión de la condena en costas incluso a la parte que ha ganado el pleito si no recurrió a un medio de solución alternativa de conflictos (caso Dunnet vs. Railtrack).

derechos procesales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, Chile, 2014, págs. 533 y ss.

Este intento de desjudicialización del proceso está presente en las reformas diseñadas en España.

c) La desjudicialización de los litigios

El proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal en su Exposición de Motivos apuntaba que las medidas que regulaba se “encaminan a lograr la sostenibilidad de la Administración de Justicia ante las dificultades advertidas en su normal desenvolvimiento”. Se apuntaba también que la falta de recursos no es la causa principal de los problemas de la justicia, sino una creciente litigiosidad, que parece considerar un problema social.

Así, esta Exposición de Motivos apelaba a valores como la interdependencia, la solidaridad y el humanismo para afirmar que la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia supone que “deben asumir responsablemente la búsqueda de soluciones pactadas a las controversias que les enfrentan, para contribuir así a la paz social, a la convivencia y a hacer sostenible el funcionamiento de la Administración de Justicia”.

Es una paradoja que la forma de participar en la Administración de Justicia, sea no participar, no acudir al proceso, eso sí, desde una actitud responsable y solidaria.

Y es que los que siempre se habían denominado como medios alternativos de resolución de conflictos, ya no se plantean con ese carácter alternativo. Se rebautizan como medios adecuados de resolución de controversias, parangonables a la respuesta jurisdiccional, e incluso –en alguna opinión doctrinal³– incardinables en el art. 24 CE.

Me parece que la pretensión de vestir esta huida del proceso como un acto de responsabilidad ciudadana y ejercicio del diálogo social tiene algo de artificioso.

Además, si se aboca a la ciudadanía a la negociación de todas sus controversias, se acaba por relajar la misma exigibilidad de la norma, que deja de ser preceptiva, para convertirse en un mero marco de referencia que deberá concretarse, de surgir controversias, en la negociación entre partes. Por más que haya un marco normativo claramente definido, si el mismo no es impuesto en las controversias que pudieran surgir –por cuanto que a las mismas se acaba por dar una solución negociada– aquel deja de ser efectivamente normativo –prescriptivo–⁴,

³ LÓPEZ YAGÜES, V., “Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios de un Sistema integrado de Justicia Civil” en *Práctica de Tribunales*, n° 137, marzo-abril, pág. 10 y en relación también con la mediación considera que la misma merece la “consideración como contenido del derecho a la tutela (judicial) efectiva” y añade que “se dibuja como una forma, simplificada y mejorada, de acceso a la Jurisdicción”.

⁴ Los “medios adecuados de solución de conflictos” se desenvuelven en el ámbito de derechos disponibles por las partes. Hay un marco dispositivo que, si no ha sido objeto de disposición, com-

para convertirse en una posible referencia para el acuerdo, lo que puede acabar fomentando una mayor conflictividad social, por más que se disimule en un creciente número de acuerdos. Por el contrario, si el marco claramente definido es reafirmado al dar respuesta a las demandas de tutela jurisdiccional, se crea un fuerte desincentivo hacia su inobservancia⁵. Como se ha afirmado “cuando el Poder Judicial cumple su función de modo rápido y eficaz, la seguridad jurídica que se genera reduce la conflictividad, porque la ley prima sobre otros intereses o pretensiones ilegítimas”. Si sustituimos la respuesta judicial por una respuesta negociada, se reduce la fuerza reguladora de la ley, y el principio de seguridad jurídica, por la ley del que mejor negocia.

Los medios adecuados, pueden serlo para poner fin al conflicto, pero son algo sustancialmente distinto a la respuesta judicial, que no solo pone fin al conflicto, tutela derechos, reafirma el Estado de Derecho.

Para reducir la litigiosidad⁶, debe operarse primeramente en la más clara regulación del marco normativo, para colmatar sus lagunas, iluminar zonas de sombra y ofrecer claridad y certeza, de modo que la norma jurídica alcance junto con su eficacia, una creciente efectividad. Se adopta aquí una concepción de la

porta reglas –ciertamente no imperativas– establecidas para la tutela de determinados intereses –por supuesto renunciables y disponibles–. Si los particulares nada han dispuesto, sus relaciones se rigen por esas normas dispositivas (cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado. (Notas de teoría y dogmática)» en *Anuario de Derecho civil*, vol. 58, no 1, 2005, pág. 63). La regla dispositiva, en la medida en que no ha sido objeto de disposición, pasa a ser normativa, esto es, preceptiva. La negociación como vía de solución de controversias comporta una renegociación del marco en que han de desenvolverse las situaciones controvertidas ya hayan sido anteriormente objeto de negociación o no y, por lo tanto, comporta una renegociación de derechos que, si bien eran disponibles, ya estaban definidos. La renegociación tiene un distinto alcance en función de las posibilidades de acudir a la jurisdicción para reafirmar el marco dispositivo que no ha sido objeto de disposición –y que en esa medida impera y prescribe la regulación de los derechos– y los costes que este recurso a la jurisdicción comporta. El fomento de medios alternativos a la jurisdicción acaba por conducir, como apunta ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Madrid, 2021, pág. 45, a la «creación de otro tipo de derecho».

⁵ Como apunta ASENCIO MELLADO, J.M^a, «Obstáculos al acceso a la Justicia» en *Práctica de Tribunales*, n^o 109, 2014, pág. 2: «cuando el Poder Judicial cumple su función de modo rápido y eficaz, la seguridad jurídica que se genera reduce la conflictividad, porque la ley prima sobre otros intereses o pretensiones ilegítimas. Pero, igualmente, que cuando reduce su operatividad, crece la desigualdad con lo que ello significa».

⁶ El incremento de la litigiosidad no merece siempre una valoración negativa. En este sentido, señala ASENCIO MELLADO, J.M^a, «Obstáculos al acceso...» cit., pág. 2: «Que aumentara el número de procesos no expresa un aumento de la conflictividad, sino, muy al contrario, el uso de los mecanismos legales para buscar soluciones a las controversias». Desde este punto de vista, añade: «la falta de inversión en el ámbito del Poder Judicial, la insuficiencia de tribunales, la enorme carga de trabajo de muchos de ellos, es un hecho evidente, frente al cual, en lugar de buscar soluciones que lo remedien, se ha pretendido buscar alternativas a la Jurisdicción».

legislación como «herramienta para la regulación» y, sobre todo, en el ámbito privado, para la definición y defensa de los derechos de los particulares, que encuentran en la ley un principio vertebrador de la vida social. Lo que es necesario es una regulación clara, no prolija. El exceso de legislación y su dispersión se convierte en un elemento de mayor conflictividad.

Es cierto que, en muchos casos, una solución acordada es preferible a la que pueden proporcionar los tribunales de justicia, en atención al ahorro de costes y tiempo, sobre todo en casos de incertidumbre en cuanto al sentido y alcance del Derecho, e incluso en razón de una voluntaria elusión de la confrontación que puede comportar un proceso.

Negociación y jurisdicción dan solución a la controversia, pero sólo la jurisdicción ofrece la solución del Derecho del Estado. Desde la perspectiva del artículo 24 de nuestra Constitución, sólo es adecuada la respuesta jurisdiccional. Impugno por lo tanto la denominación de Medios adecuados de resolución de controversias. Tales medios presentan, indudablemente, carácter complementario⁷ en cuanto que pueden ofrecer una solución a una controversia de índole jurídica, pero debe subrayarse que hay una relación de alteridad de los medios negociados frente a la Jurisdicción, en tanto que realidades notablemente diferentes.

La afirmación del Derecho del Estado exige que las medidas que se adopten para garantizar la sostenibilidad del sistema judicial -como puede ser el fomento de los medios negociados- no comprometan el derecho de acceso a los tribunales

La litigiosidad no es un mal. Todo lo contrario. Manifiesta que los ciudadanos confían en la jurisdicción. Cada sentencia reafirma el Estado de Derecho y constituye una advertencia a quien se resista a su acatamiento. Evidentemente, el sistema presupone una actuación razonablemente uniforme del ordenamiento jurídico y en un tiempo adecuado, en otro caso, el sistema hace aguas.

En todo caso, la tutela judicial efectiva sólo puede ser prestada por los tribunales y a través del proceso, y no cabe considerar a las vías de negociación como una forma de acceso a la Jurisdicción ni aun en un sentido más amplio. En nuestra opinión, debe mantenerse una concepción estricta del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, al declarar inconstitucional el artículo 38.2 de la Ley de Ordenación

⁷ Para SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Cizur Menor, 2018, pág. 23, en este sentido señala que la mediación es un medio complementario de la Jurisdicción, en tanto que la completa y no la excluye.

de los Transportes Terrestres que regulaba las Juntas arbitrales de transporte. En su sentencia 1/2018, de 11 de enero, declaró inconstitucional el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro que establecía que el asegurado tenía derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pudiera surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro, con independencia de la voluntad de la compañía aseguradora.

Por otra parte, la compulsión a la negociación mediante la alteración del régimen de imposición de costas, como adelantó la reforma Woolf, debe ser cuidadosamente ponderado. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017 ha reinterpretedado el carácter voluntario de la mediación, y se preserva siempre que se respete el derecho de acceso al sistema judicial. Así, el tribunal europeo no considera contrario al derecho de la Unión la imposición de una mediación obligatoria, de modo que el recurso a un procedimiento de mediación constituya un requisito de admisibilidad de la demanda, siempre que la retirada del consumidor no tenga consecuencias desfavorables en el posterior proceso⁸. Una imposición de costas por apartarse del procedimiento de mediación no resultaría admisible para el Tribunal de Justicia.

Cabe admitir también el carácter vinculante de un medio alternativo de resolución de litigios, siempre que la decisión sea revisable en vía judicial. La Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo,

⁸ Tal intento de conciliación previa obligatoria subsiste en el orden social, en los artículos 63 y 156 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que imponen un intento de conciliación previa o de mediación ante el servicio administrativo correspondiente. Esta previsión no se ha considerado contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que el requisito de procedibilidad se interprete de una forma favorecedora del derecho de acceso a la jurisdicción, con una generosa admisión de la subsanación del cumplimiento de este requisito. Las normas laborales establecen expresamente la posibilidad de subsanación de la falta de acreditación del intento de conciliación o mediación previa, extendiéndose tal subsanación no solo a la acreditación de aquel intento, sino incluso a su celebración en el plazo de subsanación previsto en el artículo 81 LJS.

Hubo un anteproyecto de Ley de impulso de la mediación aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019 intentó la implantación de un sistema de «obligatoriedad mitigada» de la mediación que compelmía a los justiciables a intentar con carácter previo a la interposición de la demanda, alcanzar una solución a través de un procedimiento de mediación. El anteproyecto quería imponer la obligación de intentar la mediación con carácter previo al inicio de un proceso declarativo en los casos que enumeraba. Al tiempo, introducía previsiones normativas en materia de costas, tanto en el artículo 394 LEC, como en relación con la tasación de costas, en el artículo 32.5 LEC para incentivar el recurso a la mediación. El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto consideró que la obligatoriedad «mitigada» del recurso a la mediación no suponía lesión del artículo 24 CE. No llegó a ser presentado al Congreso de los Diputados.

en su artículo 9, t, admite que una norma de carácter especial pueda establecer el carácter obligatorio de estos procedimientos, si bien introduce la siguiente garantía: «En ningún caso la decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial». Así sucede en el ámbito del transporte aéreo, las reclamaciones por denegación de embarque serán objeto de decisión por la Agencia de Navegación aérea, conforme al procedimiento regulado por la Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, vinculante para las compañías aéreas, si bien sus decisiones son recurribles ante la jurisdicción ordinaria, concretamente ante los Juzgados de Primera Instancia (art. 88 bis 1 LOPJ).

Por lo tanto, los medios adecuados de solución de conflictos pueden ser una medida complementaria útil para descongestionar los tribunales, pero no quedan comprendidos en el derecho a la tutela judicial efectiva, no son un equivalente jurisdiccional y su viabilidad queda supeditada a la voluntariedad de la aceptación de la solución ofrecida por el tercero.

d) El aumento de los poderes del juez de dirección del proceso

Si volvemos a la reforma Woolf, un segundo elemento característico de la misma fue el reforzamiento de la dirección del proceso que se convirtió en la clave del nuevo proceso civil. Se introdujeron las denominadas *Case Managment-Conference* (vistas para la gestión de caso): una vista preliminar en la que el juez, oídas las partes determinaba si en función de la complejidad del asunto se tramitaría por el *smallclaimtrack* (procedimiento de reclamaciones de mínima cuantía), el *fasttrack* (juicio rápido o procedimiento simplificado), o el procedimiento más complejo, denominado *multitrack*. Además el juez podía adoptar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de las partes y la proporcionalidad. Así, en razón de la proporcionalidad podría denegar una prueba pericial de parte y establecer que la prueba pericial debería realizarse por un perito compartido.

La proporcionalidad y la flexibilidad en el proceso aparecen así estrechamente vinculadas con un aumento de los poderes de decisión del juez.

Como se ha señalado⁹, “la rigidez procedimental maximiza la seguridad jurídica y, con una buena técnica legislativa, puede reducir ciertos costes de información y de transacción. La flexibilidad permite la adaptación del proceso a la

⁹ SCHUMANN BARRAGÁN, G., “La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?” en *Estándares europeos y proceso civil*, dir. GASCÓN INCHAUSTI y PEITEADO MARISCAL, Barcelona, 2022, pág. 125.

cuestión litigiosa (...). El precio que se debe pagar por esta adaptabilidad es un cierto déficit de previsibilidad”. Por otra parte, la flexibilidad requiere una inversión de tiempo en el estudio del caso y en su propia gestión. Por ello, la gestión de un proceso flexible exige jueces predispuestos a asumir el protagonismo en la toma de decisiones¹⁰ sobre la determinación del procedimiento, la admisión de prueba y el rechazo de alegaciones inconducentes.

Esta participación activa del juez en la gestión del proceso no es algo absolutamente desconocido en el Derecho español, en la medida en que le corresponde la dirección de los debates, el orden en la práctica de las pruebas, en el marco de la que se ha denominada gestión formal del proceso¹¹. Pero la flexibilidad procedimental puede también incidir la gestión material del proceso, que afecta no a la estricta tramitación, sino a la adopción de decisiones sobre aspectos relacionados con lo que es objeto del proceso. También aquí encontramos facultades de dirección del juez, en la medida en que le corresponde decidir la procedencia de la acumulación de acciones, la determinación del procedimiento y, sobre todo, por una parte, en caso de insuficiencia probatoria, sugerir a las partes la proposición de prueba, y por otra y de forma excepcional, acordar de oficio la práctica de prueba como diligencia final¹².

El riesgo acaba por situarse en el principio de imparcialidad del juez. Una excesiva potenciación de los poderes del juez, supone que el activismo judicial puede llevarle a adoptar una posición parcial. Adviértase como en el ámbito penal, donde las facultades de actuación de oficio del juez son muchísimo mayores, la tendencia es a su limitación, en razón del principio acusatorio, y para preservar su imparcialidad.

Por otra parte no pueden desconocerse las consecuencias que tiene la adopción de decisiones sobre la gestión material del proceso en un momento preliminar. Les pondré un ejemplo.

En Derecho español, el juez puede advertir incluso de oficio en la audiencia previa al juicio, la existencia una falta de litisconsorcio pasivo necesario, e imponer al actor la obligación de traer al proceso a litisconsortes preteridos. Son pocas, pero ha habido ocasiones en que el juez finalmente ha absuelto al litisconsorte

¹⁰ SCHUMANN BARRAGÁN, G., “La gestión y la flexibilidad del procedimiento...” *op. et loc. cit.*

¹¹ SCHUMANN BARRAGÁN, G., “La gestión y la flexibilidad del procedimiento...” *op. cit.*, pág. 126.

¹² *Cfr.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., “La gestión y la flexibilidad del procedimiento...” *cit.*, págs. 127 y ss.

que el actor tuvo que traer al proceso. Y al absolverlo ha resultado procedente la condena al actor al pago de las costas ocasionados al litisconosrte absuelto, por haberlo traído al proceso, aunque él lo hizo porque se lo ordenó el juez.

La gestión material del proceso comporta la adopción de decisiones en un momento preliminar que pueden luego ser de difícil corrección y que condicionan la actuación de las partes.

No obstante, cabe afirmar que la implicación del juez en la gestión activa del proceso es una clara tendencia en el ámbito jurídico cultural de nuestro entorno.

2. La referencia de las *European Rules of Civil Procedure*

El año 2014, hace apenas 10 años, *EuropeanLawInstitute* y *Unidroit* iniciaron un proyecto para elaborar unas reglas y preceptos para conformar un modelo de proceso civil que recogieran las mejoras prácticas en la conformación de la actividad jurisdiccional. Se buscaba que pudieran servir a los legisladores nacionales o la Unión Europea para abordar una armonización de los derechos procesales europeos. Las reglas fueron aprobadas en octubre de 2020 tanto por el *European Law Institut* como por *Unidroit*.

No es un código modelo, pues no ofrece propuestas en relación con el derecho de familia, ni los procesos monitorios, ni tampoco contiene normas de jurisdicción y competencia, ni aborda la ejecución. Pero sí ofrece una regulación sistemática y completa de lo que debería ser un proceso civil moderno. Evidentemente su engarce en cada ordenamiento jurídico nacional está condicionado por las características orgánicas de su sistema judicial. Las *European Rules* no pueden ser trasplantadas de forma directa a ordenamiento jurídico alguno. Pero no renuncian a ofrecer un modelo sistemático, completo y, en cierta medida acabado o casi acabado¹³.

Han empezado a tener impacto. El 4 de julio de 2017 el Parlamento Europeo adoptó una resolución con recomendaciones a la Comisión con una propuesta de Directiva sobre normas comunes mínimas en proceso civil y que alude y toma como referencia el proyecto de las *European Rules of Civil Procedure*. El Comité

¹³ Recogemos en este párrafo las observaciones realizadas de forma más extensa por GASCÓN INCHAUSTI, F. “Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2021, vol. 13, nº 1, págs. 281 y ss.

de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo celebró una sesión pública bajo el título “*The ELI Unidroit Civil Procedure Project: State of Play and NextSteps*”. Ciertamente, la Unión carece de competencias para imponer una armonización horizontal de todo el proceso civil. La regla seguida hasta ahora ha sido el mantenimiento del principio de autonomía procesal de los Estados para el logro de los objetivos sectoriales que pudieran imponer ciertas Directivas. Las normas sobre el proceso europeo de escasa cuantía o el proceso monitorio o incluso el Reglamento Bruselas II, responden a la idea de litigios transfronterizos y, en tal caso, sí que tiene competencia el Parlamento Europeo para dictar Reglamentos que regulan verdaderos procesos civiles transnacionales, amparados en la facilitación del reconocimiento de sentencias. A un corto plazo, de cinco o diez años, no es previsible ninguna actividad de armonización horizontal, aunque sí es posible una suerte de armonización vertical, como ya se viene produciendo, en materia de consumo –lo hemos visto con la Directiva de acciones colectivas– competencia o secretos empresariales. No es de extrañar que esta armonización vertical tome como referencia las *European Rules*.

Los principios en que se inspira son la cooperación, proporcionalidad y gestión activa del procedimiento.

a) Principio de cooperación

La noción de cooperación constituyó el eje del *Nouveau Code Procédure Civile* francés, del año 1976 y se encuentra recogida como principio en los artículos 2 y 3 de las *European Rules*.

El artículo 2 establece un deber general de cooperación por el que las partes, sus abogados y el tribunal deben cooperar en beneficio de una resolución justa, eficiente y rápida del litigio.

Para las partes y sus letrados en artículo 3 los concreta en una invitación a:

- adoptar medidas razonables y adecuadas para resolver el litigio mediante acuerdo;
- contribuir a la adecuada gestión del procedimiento;
- colaborar con el tribunal en la fijación de los hechos y el derecho aplicable;
- actuar de buena fe y abstenerse de todo abuso procesal en su relación con el tribunal y las demás partes.

Este principio de cooperación se intensifica en los artículos 9 y 10 al concretarlo en un “deber de cooperación para la búsqueda de la resolución del litigio

mediante un acuerdo”. Para el tribunal se impone un deber de informar y propiciar la solución acordada del litigio en una fase inicial del procedimiento, tal y como se prevé en la actualidad en relación con la audiencia previa al juicio. No se impone una obligación estricta de intentar una solución acordada con carácter previo, como abogaba el proyecto de ley de eficiencia procesal. Cabe pensar que este deber de cooperación tiene un carácter de *softlaw*, más programático que preceptivo.

Por otra parte, no se introduce una verdadera *discovery*, como sucede en el proceso inglés, donde las partes deben identificar al inicio del proceso las pruebas en que fundarán sus pretensiones y defensas enunciando no solo las que les resultan favorables, sino también la que pueden resultar contrarias. Las *European Civil Rules* introducen mecanismos de acceso a las fuentes de prueba, pero no tienen la intensidad de la *discovery* anglosajona¹⁴. El principio de cooperación tiene así un cierto carácter programático.

Sin embargo, se introduce una relevante novedad que es “la petición conjunta de proceso consensual”. El principio de cooperación reclama que si las partes no pueden alcanzar una avenencia al menos deberán esforzarse por reducir el número de cuestiones controvertidas hasta el punto que la demanda puede formularse conjuntamente por demandante y demandado señalando los aspectos en los que están de acuerdo, los puntos en los que se centra la desavenencia, con precisión de las pretensiones, defensas y medios de prueba que proponen. Las partes pueden por supuesto pactar las cuestiones procedimentales disponibles –competencia territorial, medidas provisionales–. Esta solicitud conjunta es vinculante para el tribunal y supone una notable simplificación del desarrollo del proceso que se centrará en las cuestiones controvertidas y los medios de prueba encaminados a su clarificación.

b) La flexibilidad procedimental

La segunda característica viene determinada por la flexibilidad procedimental al establecerse un único cauce procedimental para cualesquiera asuntos, de modo que puede ser adaptado por el juez en función de las características del caso¹⁵. Las distintas fases del proceso: alegaciones escritas, audiencia previa y juicio, pueden ser alteradas, suprimiéndose la audiencia previa o fijando algunas adicionales para la resoluciones de cuestiones procesales.

¹⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Las *European Rules of Civil Procedure*...” *cit.*, pág. 292.

¹⁵ SCHUMANN BARRAGÁN, G., “La gestión y la flexibilidad del procedimiento...” *cit.*, pág. 136.

En este último sentido, el artículo 65 regula las que denomina como sentencias anticipadas. Estas pueden dictarse, en primer lugar, si advierte la falta de un presupuesto o requisito procesal que impide entrar a conocer del fondo del asunto. Sería en este punto, equivalente a un auto de sobreseimiento. También para resolver sobre el fondo, todas o algunas de las pretensiones formuladas cuando hubiese conformidad en los hechos y la discrepancia fuera meramente jurídica. Se trata de una solución semejante al *summary judgement* norteamericano y es una posibilidad que no es desconocida en nuestro proceso civil, que permite al juez prescindir, en el juicio ordinario, de la celebración del juicio incluso cuando tuviese que valorar prueba, pero esta se redujese a la documental y pericial.

Respecto de la gestión del proceso, las *European Rules* se decantan por incluir un listado ejemplificativo más o menos amplio de facultades que ya se encuentran recogidas en nuestros códigos. Lo más llamativo es que las *European Rules* las recopilan en un único artículo, el 49, para destacar la implicación del órgano jurisdiccional, pero también para señalar que las normas procedimentales no impiden al juez la adopción de otras pautas de actuación¹⁶.

Es singularmente relevante el artículo 50 que señala que el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, adoptar cualquier medida de gestión e impulso del proceso e incluso sin audiencia de las partes. También podrá, en todo momento, modificar o revocar, de oficio o a instancia de parte, cualquier medida de gestión e impulso de proceso. Una previsión que priva de eficacia de cosa juzgada formal a las resoluciones interlocutorias. Evidentemente, no parece que esta posibilidad de revisión pueda hacerse de forma inmotivada y cabría tacharla de arbitraria si no obedeciera a un cambio de circunstancias o la advertencia de un hecho sobre el que no había reparado el juez anteriormente.

A continuación el propio artículo 50 permite que si las partes solicitaren conjuntamente la adopción de una medida de gestión e impulso del proceso, el tribunal no podrá resolver en otro sentido sin causa justificada.

c) Proporcionalidad del proceso

Establece el artículo 5 de las *European Rules* que “El tribunal velará porque el proceso se desarrolle con la debida proporcionalidad”. La proporcionalidad puede limitar las posibilidades de admisión de la prueba propuesta por las partes. En Inglaterra hemos visto cómo la pericial de parte podía ser sustituida por una pericial conjunta. Esta regla no es extraña a nuestro ordenamiento, pues,

¹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Las *European Rules of Civil Procedure...*” *cit.*, pág. 287.

por ejemplo, cuando el número de testigos propuestos y admitidos supera el de tres, el juez puede prescindir de oír al cuarto y sucesivos testigos si se considera suficientemente ilustrado con el testimonio de los tres primeros. La regla de proporcionalidad figura expresamente mencionada en la regla 102 para rechazar una petición de acceso a fuentes de prueba cuando el número de pruebas solicitado resultase desproporcionado.

Sucede que, al introducirse la regla de proporcionalidad como un principio general del proceso, se convierte en el criterio inspirador de la gestión activa del proceso que puede determinar la improcedencia de una vista solicitada por las partes o la apertura de un incidente de previo pronunciamiento.

Por otra parte, no puede desconocerse que las *European Rules* tienen como destinatarios países con muy diversas tradiciones jurídicas. Así, mientras el modelo germánico concentra la actividad probatoria en una audiencia final – como sucede con nuestro acto del juicio en el juicio ordinario– los ordenamientos de tradición francesa atribuyen a tal audiencia la finalidad de formular conclusiones y admiten la celebración de sucesivas vistas de prueba. La regla de proporcionalidad, en tal caso, lo que viene es a limitar la multiplicación de vistas para la práctica de prueba. De hecho, el artículo 97 de las *European Rules of Civil Procedure* establece que la práctica de la prueba se llevará a cabo en sucesivas audiencias de prueba, conforme al modelo francés, pero tal previsión no tiene por qué ser adoptadas en otros países en los que hemos preferido un sistema de concentración de la práctica de prueba en una audiencia final.

La proporcionalidad puede afectar a la que se denomina fase preparatoria del proceso y que tiene por finalidad la formulación de pretensiones, la alegación de hechos y la práctica de algunos medios de prueba. La regla 63 establece que el tribunal declarará concluida la fase preparatoria cuando considere que las partes han tenido “oportunidad razonable de exponer sus argumentos y el propio tribunal de aclarar las cuestiones controvertidas y practicar las pruebas pertinentes”. Esta regla tiene más sentido en relación con sistemas como el francés o el italiano, que tienen en el proceso civil una fase de instrucción.

Sucede que esta regulación podría permitir, siguiendo la estela del modelo francés, la preparación del juicio admitiendo la deposición escrita de las declaraciones testimoniales y remitir a la vista tan solo la formulación de conclusiones, si fuese proporcionado con la entidad y naturaleza de las cuestiones controvertidas. De admitirse como proporcionado este grado de flexibilización, se produciría un paso atrás en la oralidad como principio básico de la organización de nuestro proceso civil. Un nuevo paso atrás, pues la tendencia en nuestro proceso civil desde

hace años, es la huida de la oralidad, que se inició con la regulación del incidente concursal, y que se ha mantenido con las últimas reformas del juicio verbal.

Nuestro proceso civil presenta un equilibrio adecuado entre oralidad y escritura, y una medida concentración. La adopción de criterios de proporcionalidad debe llevarse a cabo con la debida prudencia. La noción de eficiencia viene determinada por la tendencia a valorar resultados globales, prescindiendo de las circunstancias particulares.

Desde el punto de vista macroscópico, se viene asimilando la calidad de la justicia a la reducción de tiempo, costes y a la predictibilidad de los pronunciamientos. Por otra parte, la flexibilidad en la gestión del proceso no debe identificarse con la posibilidad de prescindir de trámites, sino con la necesaria adaptación a las circunstancias del caso. Puede un proceso, sencillo, ser totalmente escrito. Sí, pero no se olvide que en el art. 6 CEDH, contiene un derecho a ser oído equitativamente, y eso comporta que el proceso debido comprende el derecho a una audiencia pública en una instancia. Seguramente, haya parámetros de proporcionalidad que puedan justificar una tramitación totalmente escrita, pero me parece que, como procesalistas, debemos esmerarnos en ofrecer esos criterios de proporcionalidad y en subrayar que el derecho a la tutela judicial, no es solo y principalmente el derecho a una respuesta de un juez, sino que también y necesariamente comporta que esa decisión se adopte en un proceso con todas las garantías.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO “GRANDES JURISTAS ARAGONESES”

Excma. Sra. Doña Rosa Bandrés y Sanchez-Cruzat
Académica de Número

SEÑORES:

PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

PRESIDENTE DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y
LEGISLACIÓN.

DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL.

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

PRESIDENTE DE LA REAL ACADEMIA DE MEDICINA.

PRESIDENTE DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS EXACTAS, FÍSICAS,
QUÍMICAS Y NATURALES.

QUERIDOS ACADÉMICOS DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.

EXCELENTÍSIMAS E ILUSTRÍSIMAS AUTORIDADES, SEÑORAS Y SEÑORES.

Tengo la satisfacción de presentar el Libro Grandes Juristas Aragoneses: Los Sillones de la Academia, editado por la Diputación General de Aragón e impulsado por esta Academia de Jurisprudencia y Legislación

El cual versa sobre las biografías de treinta insignes juristas aragoneses de prestigio reconocido, que han dado luz y brillo al Derecho aragonés, a lo largo de la historia de nuestro viejo Reino y de nuestra Comunidad Autónoma.

Juristas aragoneses ya fallecidos, con cuyos nombres se designan los sillones que ocupamos los académicos de número, en las sesiones de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, y que han sido elegidos por cada uno de nosotros.

Con esta publicación, damos cumplimiento a lo preceptuado en sus Estatutos y Reglamento de Régimen interno, los cuales en sus respectivos artículos 12,2 disponen que *“Todo Académico de Número tendrá derecho a ocupar un sillón, en las reuniones de la Academia, el cual estará identificado por un signo que le singularizará del resto de los sillones”*.

Y su Reglamento de Régimen interno lo concreta diciendo que, *“Cada sillón de la Academia estará distinguido con el nombre de un jurista aragonés ilustre, ya fallecido. Una vez designados todos los sillones de la Academia, con su nombre correspondiente, no podrá efectuarse cambio alguno”*.

Lo que efectivamente llegados al número *clausus* de 30, tal como dispone el art. 5,2 del Reglamento, se da por concluida la selección.

Quiero destacar, que la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación NO FUE creada *“ex novo”* por el Real Decreto de 28 de diciembre de 1995, sino que renace tras unos setenta años de inactividad.

La Academia hunde sus raíces en la Real Academia Jurídico -Práctica de la Ciudad de Zaragoza. Creada por Felipe V de Borbón, mediante el Real Acuerdo de 21 de agosto de 1733, y Carlos III, por Real Cédula de 5 de julio de 1772, le otorgó su patrocinio y el título de *“Real”*, cuya función fue la formación de expertos en Derecho aragonés y castellano, de entre licenciados en Derecho, mediante clases teóricas y prácticas orientadas hacia el ejercicio profesional, motivadas por los cambios legislativos operados por los Decretos de *“Nueva Planta”*.

Enseñanzas que hoy asumen las Escuelas de Práctica-Jurídica”, a través de sus *“Masters”*.

Este Libro, representa un muestrario de las ideas jurídicas que forjaron nuestro viejo Reino y nuestra Comunidad Autónoma.

La elección del nombre de un destacado jurista aragonés, no ha sido cosa del azar, por el contrario, hay una admiración, simpatía o empatía por uno u otro jurista, vinculado las más de las veces por una sintonía profesional o de vecindad civil.

De tal modo que nuestro académico- presidente José Luis Merino Hernández elige a José Castán Tobeñas y nuestra académica secretaria general, María

Cristina Chárlez Arán, a su hijo, José María Castán Vázquez, vinculados como abogados en ejercicio, al Derecho civil.

El premio de Derecho privado que concede anualmente la Academia está dedicado a su memoria. Es el premio “Castán Tobeñas”.

Y el académico y catedrático de Derecho civil, Isaac Tena Piazuelo elige al también catedrático Francisco de Asís Sancho Rebullida. Gran foralista, como se demostraba cada verano en los cursos y semanas jacetanas, de la universidad de Zaragoza en Jaca.

Los historiadores del Derecho nos decantamos por Salvador Minguijón y Adrián, elegido por el catedrático y ex presidente de la Real Academia matritense de Jurisprudencia y Legislación, José Antonio Escudero, yo misma por El obispo de Jaca-Huesca Vidal de Canellas, autor de la Compilación de los Fueros de Argón.

El académico, catedrático de Derecho procesal Ángel Bonet Navarro elige al gran historiador y civilista Miguel del Molino.

El académico, catedrático y cónsul honorario, Francisco Mata Rivas elige a Juan Moneva y Puyol, el sin par, catedrático de Derecho canónico.

La académica y primera mujer catedrática en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, desarrollando su actividad en Derecho internacional privado, Elena Zabalo Escudero, elige al gran polifacético y diplomático Ignacio Jordán de Asso y del Río.

El académico y catedrático de Derecho internacional público Carlos-Ramón Fernández Liesa, elige al gran benefactor aragonés y político español, Pedro-Pablo Abarca de Bolea, X Conde de Aranda.

Y el académico y catedrático de Derecho internacional público, Antonio Blanc Altemir elige al sin par Joaquín Costa y Martínez.

El académico y catedrático de Derecho civil en la Universidad de Barcelona, Agustín Luna Serrano, elige al obispo Antonio Agustín Albanell, gran especialista en Derecho romano y canónico.

El académico y magistrado del Tribunal Supremo, José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, elige al magistrado Manuel Lasala y Ximénez de Baylo, doctor en ambos derechos, abogado, promotor fiscal, auditor de guerra y ministro suplente del Tribunal Supremo. Secretario de la Diputación provincial de Zaragoza. Y máximo representante del “aragonesismo”.

El académico, magistrado y presidente que fue, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Julio Arenere Bayo elige al turolense Vicente Pascual y Esteban, Presidente que fue de las Cortes de Cádiz.

El académico y magistrado del Juzgado de Primera instancia Luis Alberto Gil Nogueras, elige al también magistrado y presidente de la Audiencia Provincial de Huesca Fernando Duplá Duplá, por su gran profesionalidad y su relación de amistad.

El académico y magistrado del TSJA, y presidente que fue de la Audiencia Provincial de Teruel, Fermín Hernández Gironella, se decanta por Antonio Cano Mata, magistrado de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJA.

EL académico y profesor universitario y destacado administrativista, Ramón Salanova Alcalde, elige para ocupar su Sillón a otro gran administrativista, político y catedrático de Derecho administrativo Sebastián Martín Retortillo y Baquer.

La académica y decana que fue del Colegio de Registradores de la Propiedad, María Pilar Palazón Valentín, elige al incansable forista Joaquín Gil Berges, con calles dedicadas en Jasa, lugar de su nacimiento, así como en Jaca, Huesca y Zaragoza.

Nuestro académico, Justicia de Aragón que fue y fiscal, Fernando García Vicente elige a su correligionario Jesuita y polifacético Baltasar Gracián y Morales.

El académico de Honor y notario Ambrosio Aranda de Pastor eligió para ocupar el Sillón, al Abogado del Estado, José Lorente Sanz, el cual fue fundador y presidente del Consejo de Estudios aragonés. Cuyas actividades se concretaron en las llamadas “Semanas de Derecho aragonés” celebradas en Jaca desde 1942.

El académico y Presidente de la Real Academia matritense, Manuel Pizarro Moreno, elige al turolense, Isidoro de Antillón y Marzo, un intelectual ilustrado, doctor en ambos derechos. Catedrático de cánones en la Universidad de Valencia. Y debido a su extraordinario talento, fue cantado por los poetas. Nacido en Santa Eulalia del Campo, quien sabe si también naciera allí, Vidal de Canellas.

El académico y abogado en París y Madrid, Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, elige Jerónimo Portolés y Lunel, barbastrense y doctor en ambos derechos. Cuyas obras son un referente obligado para todo historiador.

El académico y notario del Colegio notarial de Zaragoza, Adolfo Calatayud Sierra, elige a Diego Franco de Villalba, perteneciente a la nobleza, cuyo palacio sito en la plaza de Santa Cruz fue derribado a principios del siglo pasado, hoy conservamos la preciosa iglesia del mismo nombre, en cuyo altar de san Miguel se encuentra enterrado.

El académico y catedrático de la Universidad San Jorge, de Zaragoza, Rafael Bernad Mainar, elige a Luis Franco y López, II Barón consorte de Mora, abogado y decano del Colegio, que fue diputado y senador del Reino, presidente de la Academia jurídico-práctica. Es muy prestigioso su manual que lleva por título: Instituciones del Derecho civil aragonés, y que realizó conjuntamente con Felipe Guillén y Caravantes.

La académica y catedrática de Derecho civil en la UNIZAR, Aurora López Azcona, ha elegido para designar el Sillón, a la jurista Sara Maynar Escanilla, la primera mujer licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y matriculada como abogada con ejercicio, sin duda, por agradar a su padre el gran letrado Manuel Maynar Barnolas, por lo que, dejando el ejercicio de la abogacía, se decantó por la enseñanza.

El académico, catedrático de Derecho procesal y decano que fue de la Facultad de Derecho, Javier López Sánchez, ocupa el Sillón dedicado a Luis Legaz Lacambra, con cuyo nombre se designa uno de los tres premios, creados por la Academia, para jóvenes Licenciados, sobre Filosofía del Derecho.

El académico y abogado del ilustre Colegio de Zaragoza, José Luis Artero Felipe ocupa el Sillón dedicado al prestigioso notario y doctor "*Honoris causa*", Francisco Palá Mediano, el cual fue elegido, por Benjamín Blasco Segura, presidente que fue del TSJA.

El académico y magistrado-presidente de la sala de lo Contencioso-administrativo del TSJA, fiscal en excedencia y profesor de la Universidad san Jorge, Juan Carlos Zapata Hajar ha elegido al jurista altoaragonés, perteneciente a la baja nobleza, hijo de los señores de Estarruás, Alejandro Oliván y Borrue. Fue ministro, presidente y consejero del Consejo de Agricultura.

El fiscal Felipe Zazurca González, elige al ministro de Gracia y Justicia, Galo Ponte y Escartín.

Concluye la designación de los sillones de la academia, con el dedicado a Agustín Vicente y Gella, abogado del Estado y catedrático de Derecho mercantil, decano de la Facultad de Derecho y rector magnífico de la Universidad de Zaragoza, destacando además como un auténtico humanista.

Sillón que ocupa, el académico y magistrado-presidente de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Juan Ignacio Medrano Sánchez, Sillón elegido en su día, por el también catedrático de Derecho mercantil, Eduardo Montull Lavilla, general togado y fiscal, compañero de estudios en la Facultad de Derecho de Ambrosio Aranda de Pastor y de Fernando Duplá Duplá.

En el estudio de las biografías de los Grandes Juristas Aragoneses, se encuentran treinta personalidades que sintieron pasión por el Derecho y cuyo legado ha llegado hasta nosotros sintetizado en una breve frase, llamémosla axioma o lema, cuyo pensamiento jurídico vamos a reflejar en algunos de sus escritos acerca de la comprensión de Aragón como territorio de Fueros, de Libertades civiles, como territorio de Derechos y de concordia.

Sostenía Manuel Lasala que : “*El Reino de Aragón ni podía ni debía existir sin su libertad, si feneciera la libertad, fenecería el Reino*”.

Afirmaban Joaquín Costa y Salvador Minguijón, que: “*Aragón se distingue por su Derecho, no por las armas*”.

Y advertía Juan Moneva, que: “*El Derecho aragonés se distingue por devoto*”.

Una referencia a la formación, de los 30 juristas que dan nombre a los sillones, nos indica, que:

Los futuros juristas aragoneses, aprendieron sus primeras letras:- en los colegios de las Escuelas Pías de Jaca, Barbastro y Zaragoza: Joaquín Gil Berges, Luis Legaz Lacambra, Manuel Lasala y Ximénez de Baylo, Alejandro Olivan y Borruel o Fernando Duplá Duplá;- en la Compañía de Jesús: Pedro Pablo Abarca de Bolea y Ximénez de Urrea, X Conde de Aranda, o Baltasar Gracián y Morales; - en los HH. Maristas, José Lorente Sanz; en San Felipe de Zaragoza; en el San Víator de Huesca, Antonio Cano Mata; - en el Seminario Diocesano de Zaragoza, Salvador Minguijón y Adrián.

Alcanzada la juventud pasaron a los Institutos, al Colegio General Militar de San Fernando, al Real e Imperial Colegio de Nobles de Nuestra Señora, a las Universidades de Huesca, Zaragoza, Complutense de Alcalá o Bolonia, donde algunos alcanzaron el Doctorado en *utroque ius*, en uno y otro Derecho: canónico y civil.

En el campo eclesiástico se recoge la biografía de dos obispos: Vidal de Canellas, en Jaca-Huesca; y Antonio Agustín Albanell, como obispo electo en Alifano (Nápoles), en Lérida y Tarragona; De los sacerdotes Baltasar Gracián y Morales, en la Compañía de Jesús, y Diego Franco de Villalba, nacidos ambos en Belmonte; Vicente Pascual y Esteban canónigo doctoral de la catedral de Teruel; Jerónimo Portolés y Lunel, plebano o párroco de Bádenas en el Obispado de Teruel.

El doctorado en *utroque ius* lo alcanzaron seis de nuestros biografiados: Vidal de Canellas, Jerónimo Portolés y Lunel, Isidoro de Antillón y Marzo, Anto-

nio Agustín Albanell, Juan Francisco La Ripa y Marraco, o Manuel Lasala y Ximénez de Bailo.

Ejercieron la docencia en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Zaragoza, como “Repasantes”: de Derecho civil, Vicente Pascual y Esteban e Ignacio Jordán de Asso; en Derecho canónico Jerónimo Portolés;

Fueron catedráticos: en Derecho canónico, Juan Moneva y Puyol; -en Filosofía del Derecho, Luis Legaz Lacambra; en Derecho mercantil, Agustín Vicente Gella; -en Derecho civil, José Castán Tobeñas y Francisco de Asís Sancho Rebullida; en Derecho administrativo, Sebastián Martín-Retortillo y Baquer.

Fue profesor adjunto en la Universidad Central y director de la Escuela de Práctica Jurídica en el ICADE de Madrid, José María Castán Vázquez.

En la Universidad de Bolonia ejercieron la docencia, Vidal de Canellas y Antonio Agustín Albanell.

Se doctoró en la Universidad de Bolonia con premio extraordinario, Sebastián Martín-Retortillo y Baquer, con permanencia en el Colegio de San Clemente de los españoles.

En la Universidad de Valencia, fue profesor de Cánones, Isidoro de Antillón.

Fue consejero del Justicia de Aragón, Miguel del Molino.

Fue llamado por el Gobierno de la Nación, para ocupar el cargo de Magistrado, Galo Ponte y Escartín.

Mediante oposición libre accedieron a la judicatura: Francisco de Asís Sancho Rebullida, Fernando Duplá Duplá y Antonio Cano Mata, al que el Ayuntamiento de Zaragoza, le dedicó una placa-homenaje en su domicilio.

Ejercieron el arte de la Notaria, Joaquín Costa y Martínez y José Lorente Sanz.

Fueron Abogados del Estado, Joaquín Costa, Agustín Vicente Gella y José Lorente Sanz, que también fue miembro de la Comisión General de Codificación.

Fueron Historiadores del Derecho en general y de la Historia del Derecho aragonés, en particular, Manuel Lasala y Ximénez de Bailo, Joaquín Costa, Salvador Mingujón o Ignacio Jordán de Asso.

Fueron Políticos: los ministros: de Administraciones Públicas y secretario de Estado: Sebastián Martín-Retortillo y Baquer; de Gracia y Justicia: Galo Ponte y Escartín y Joaquín Gil Berges; de agricultura, que además ostentó el alto cargo de presidente de las Cortes de Cádiz, Vicente Pascual y Esteban.

Fueron diputados: Isidoro de Antillón, partidario de la abolición de la esclavitud. Miembro de la Junta de Defensa de Teruel durante la invasión napoleónica; Alejandro Oliván y Borruel, subsecretario del Ministerio de la Gobernación y director general de Instrucción Pública; y finalmente José Lorente Sanz fue subsecretario del Ministerio del Interior con Ramón Serrano Suñer.

Fue Diplomático: Ignacio Jordán de Asso y del Río.

Fueron Académicos: Isidoro de Antillón en la Academia de Cánones y en la Real Academia de Derecho Español de Santa Bárbara de Madrid; Alejandro Oliván, académico de número y fundador de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, además Académico de Honor de la de Bellas Artes de San Fernando y secretario de la Real Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País; Joaquín Gil Berges, director de la Real Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País. Donde José Lorente Sanz, fue un miembro destacado; Juan Moneva, académico-profesor y vocal segundo de la Real Academia Jurídico-Práctica aragonesa; José Lorente Sanz, fue además fiscal del Tribunal Provincial contencioso-administrativo, siendo Vocal Moneva y Vocal suplente Miguel Sancho Izquierdo, padre de don Francisco de Asís Sancho Rebullida.

También Lorente, fue fundador y presidente del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés y consejero de la Institución “Fernando el Católico”. Donó su rica biblioteca a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, biblioteca que hoy se encuentra en la sede de la Academia, sita en paseo de María Agustín, antigua maternidad, dependiente de la DPZ. Fue académico de honor de nuestra Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, al igual que Ambrosio Aranda de Pastor, fallecido el pasado lunes, día 4 de septiembre de 2023 en la localidad barcelonesa de Sitges, cuya biografía firmada por don Ambrosio se encuentra en la publicación que hoy presentamos. Se da la circunstancia de que, ambos han fallecido a los 99 años de edad.

EN SÍSTESIS.

El libro GRANDES JURISTAS ARAGONESES: LOS SILLONES DE LA ACADEMIA constituye un repaso no solo a las 30 grandes figuras del Derecho aragonés, sino también significa un pretexto, para hacer una nueva lectura de la Historia del Derecho y de los principales acontecimientos políticos vividos por la sociedad, en los siglos XIII iniciándose la andadura con don Vidal de Canellas y concluyendo en el siglo XXI con José María Castán Vázquez, fallecido en 2017.

Pretende el estudio realizado sobre las biografías de 30 grandes juristas, rendir un homenaje a la memoria de unos aragoneses excepcionales, que se preocu-

paron y ocuparon su quehacer diario, en lograr la difusión y el conocimiento del Derecho:

- Vidal de Canellas, recopilando los Fueros,
- Miguel del Molino, realizando su famoso Repertorio o diccionario de las Voces jurídicas aragonesas;
- Baltasar Gracián estableciendo importantes normas de conducta;
- Jerónimo Portolés estudiando el Derecho de sucesiones y los Procesos forales aragoneses;
- Joaquín Costa estudiando y defendiendo el Derecho consuetudinario;
- Manuel Lasala y Ximénez de Bailo o
- Ignacio Jordán de Asso y del Río divulgando el Derecho;
- Juan Moneva y Salvador Minguijón elaborando sus respectivos Manuales de Historia del Derecho;
- Francisco de Asís Sancho Rebullida, dando un ingente impulso al Derecho español común y foral;

Así como José Castán Tobeñas aplicando e interpretando el Derecho, en el Tribunal Supremo, que presidió y desde su Cátedra de Derecho Civil, llegó a ser llamado, Maestro del Derecho.

- Joaquín Gil Berges y Galo Ponte y Escartín legislando;
- Fernando Duplá Duplá como Presidente de la Audiencia Territorial primero y luego, Provincial de Huesca, siguiendo los pasos de su antepasado Galo Ponte, dado que éste fue designado para desempeñar el cargo de magistrado Presidente en las Audiencias Territoriales de Cádiz y Sevilla.
- José Lorente Sanz, dando un gran impulso al estudio del Derecho foral con la creación del Centro de Estudios del Derecho Aragonés.
- Sebastián Martín-Retortillo recibió el reconocimiento a su labor científica al ser elegido miembro de la Real Academia matritense de Legislación y Jurisprudencia; electo de la Real de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.
- Mención especial requiere la primera mujer que se matriculó en el Colegio de Abogados de nuestra ciudad, en 1929, a la que le correspondió el número 84 de antigüedad. Se trata de Sara Maynar Escanilla, hija del pres-

tigioso letrado Manuel Maynar Barnolas, Decano que fue del Colegio de Abogados de Zaragoza y Medalla de Oro de la Orden de san Raimundo de Peñaflo. Con despacho en la calle San Juan y San Pedro, nº4 de Zaragoza, sito en la esquina de las calles Refugio y San Jorge, en la confluencia con don Jaime I el Conquistador; calle dedicada a las dos iglesias, allí existentes y hoy desaparecidas. (Las calles de la ciudad y el significado de sus nombres. Zaragoza, 1944).

Pertenece al linaje de los Duplá Vallier, teniendo como antepasado a Galo Ponte y Escartín, y como descendiente a Fernando Duplá Duplá. Recientemente, el Ayuntamiento le dedicó una calle en el barrio zaragozano de Jesús.

QUIERO RENDIR UN HOMENAJE A LOS 18 ACADÉMICOS QUE NOS PRECEDIERON Y QUE NOS GUSTARÍA QUE HOY NOS ACOMPAÑARAN, YA QUE CONTRIBUYERON EN SUS RESPECTIVAS PROFESIONES, AL PROGRESO DE ARAGÓN Y SU DERECHO.

CECILIO SERENA BELLOSO, PABLO CASADO BURBANO, JOSÉ LORENTE SANZ, JOAQUÍN SAPENA TOMÁS, PEDRO BARINGO ROSINACH, JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, JESÚS LÓPEZ MEDEL, BENJAMÍN BLASCO SEGURA, JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, LUIS MOISSET DE ESPANÉS, JESÚS MARINA Y MARTÍNEZ-PARDO, JOSÉ BERMEJO VERA, JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, EDUARDO MONTULL LAVILLA, JUAN ANTONIO GARCÍA TOLEDO, AMBROSIO ARANDA DE PASTOR, Y ÁNGEL CRISTOBAL MONTES.

CONCLUYO, indicando que la Historia de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, como institución, empieza realmente con Vidal de Canelas, y nosotros somos herederos de un legado de Derecho aragonés que debemos mantener y conservar, porque debe ser permanentemente protegido y consolidado y, nosotros los Académicos, nos hemos comprometido con la Comunidad aragonesa, con el Presidente de la Diputación General de Aragón a la cabeza, a amar, respetar, conservar y divulgar nuestro tradicional Derecho aragonés.

PREMIOS PARA JURISTAS JÓVENES
2023

PREMIO DE DERECHO PRIVADO
“CASTÁN TOBEÑAS”

RIDERS Y LEY RIDERS.

(LA NUEVA REALIDAD DE LA RELACIÓN JURÍDICO LABORAL Y SU CONTROVERTIDA SOLUCIÓN)

Doña Marta Velenzuela Lisbona

I. INTRODUCCIÓN: CUESTIÓN TRATADA Y JUSTIFICACIÓN

Hoy en día la economía digital representa una revolución en las relaciones laborales, principalmente en cuanto al ámbito formal, por lo que es preciso adaptar todo lo que hasta hoy en día conocemos del Derecho del Trabajo para poder conseguir una correcta regulación y tratamiento de dicha situación, entendiendo así que existen diferentes fórmulas de trabajador, de empresario, de contrato de trabajo y que la sociedad está sometida a un cambio constante al que debe alcanzar el Derecho del Trabajo para conseguir una seguridad jurídica digna.

Así, el trabajo a través de las plataformas digitales ha dado lugar a nuevas formas de trabajo más flexibles y atípicas.

Debido a esta evolución social, ha tenido origen del trabajo a llamada *-on demand-* que es donde se encuentran clasificadas empresas como Glovo, por ejemplo. Este tipo de trabajo permite no asignar horarios ni jornadas porque las plataformas disponen de un gran número de gente apuntada que se considera suficiente para que siempre que se informe de un pedido haya disponible un trabajador para satisfacer el encargo. Este método de trabajo dista bastante del que normalmente conocemos, no obstante, no deja de ser una relación de subordinación, lo que pasa que adaptada a la realidad que nos ocupa hoy en día.

Mediante esta estrategia se intenta calificar a los repartidores como si fuesen trabajadores dependientes económicamente, no obstante, el TRADE debe cumplir el requisito fundamental de que el 75% de sus ingresos deben proceder de la misma empresa. En el caso de los riders es el 100%, ya que ellos de manera ajena a las plataformas digitales no ejercen esa labor.

Dotaré de especial relevancia el punto de inflexión que generó la Sentencia del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre, (Rec. 4676/2019) que zanja la polémica de la naturaleza de su relación, y que posteriormente se materializa en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

La elección de este tema es debido principalmente a la polémica que gira de forma continuada alrededor de la propia “Ley Riders”, ya que, desde su entrada en vigor, el sector ha experimentado importantes cambios, como la salida definitiva de Deliveroo de España, la llegada de nuevas empresas como Getir y la firma del primer convenio entre Just Eat y los sindicatos. No obstante, entiendo adecuado hacer un breve análisis de las causas que condujeron tanto al Tribunal Supremo como al poder legislativo a alcanzar dichas conclusiones.

A lo largo del artículo, señalaré los puntos más controvertidos de dicha cuestión, realizaré un estudio y comparación de las principales características de la relación laboral que se ven afectadas y también analizaré jurisprudencia y doctrina que se han pronunciado al respecto. Se ha utilizado, así, una metodología documental analizando la legislación y jurisprudencia que atañen al objeto de estudio, así como la consulta de manuales, artículos y libros de la Doctrina jurídica experta en el tema.

II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO LABORAL

El contrato de trabajo constituye una categoría del negocio jurídico bilateral, institución por medio de la cual se materializa el acto jurídico *ex-voluntate*, que es el origen de la fuente de obligación. Dicho contrato, junto a su función constitutiva de la relación laboral individual, tiene también encomendada una función reguladora del contenido de la misma.¹ Esto es, el documento que expresa la libertad de obligarse por parte del trabajador.

El contrato de trabajo ostenta diversas notas definitorias que son las siguientes: en primer lugar, destaca la dependencia, concepto sobre el cual se sustenta la figura del empresario y su poder directivo, esto se debe a que en el ámbito jurídico laboral el concepto de “dependencia” tiene un significado propio, que no se refiere sólo a dependencia económica, sino que implica la sujeción o subordinación del trabajador a las órdenes e instrucciones del empresario, con incardinación en el ámbito rector, organizativo y de dirección de dicho empleador²

¹ PÉREZ AMOROS, F. “El trabajador como sujeto del derecho del trabajo español”. *Revista de Política Social*. núm. 133. Enero-marzo 1982, p.84.

² MONEREO PÉREZ, JL, LÓPEZ INSUA, B. “Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia: riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los tribunales superiores de justicia.”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. núm 4, 2020.

A la dependencia también se le denomina subordinación al no haber diferencia sustancial. Llegados a este punto cabe realizar ciertas matizaciones en cuanto al criterio de “dependencia económica”, ya que debe quedar claro que no puede confundirse con la “dependencia jurídica”. La dependencia económica debe quedar institucionalizada mediante un contrato de prestación de servicios entre las partes, (TRADE y la plataforma en este caso), no obstante, tras analizar dicha figura y su utilización por las plataformas, se advierte que la dependencia entre TRADE y su cliente no es sólo económica, sino que, como las plataformas digitales realizan una función de coordinación, podría decirse que se incluye también dentro de dicha relación la dependencia jurídica³.

En cuanto a la subordinación jurídica, que es la nota que diferencia a los trabajadores autónomos de los trabajadores asalariados, es preciso señalar que se trata de un concepto jurídico que está sometido a revisión constante, ya que necesita ser reformulado antes las nuevas circunstancias socioeconómicas en las que ha de ser aplicado⁴.

A todo ello se hace referencia implícita en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Principalmente consiste en la sumisión al cumplimiento de ordenes e instrucciones del empresario en el ejercicio de sus potestades directivas, dicha característica se ha visto afectada por los cambios producidos en el sistema económico-productivo, el auge de la informática y las telecomunicaciones.

En cuanto a la ajenidad, existe un amplio consenso en orden a configurar la ajenidad como el rasgo más característico junto con la dependencia. En este punto, es preciso determinar que se entiende como tal la atribución de los frutos del trabajo que es lo que implica el término retribución en cuanto indicativo de que el trabajador no asume ni el riesgo ni la ventaja vinculados al resultado de su esfuerzo, a la utilidad o al beneficio patrimonial del fruto de su trabajo, todo ello se materializa en que la compensación económica que obtiene el empleado se establezca al margen de los beneficios o plusvalías que pueda obtener el empresario.⁵

³ *Ibíd*em, p.5.

⁴ PÉREZ CAMPOS, A.I: “Reflexiones sobre la revisión conceptual del Derecho del Trabajo”., *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 36, 2003, pp. 156-157

⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”. *Temas laborales* núm 138/2017, pp. 97 y ss.

Dentro de las manifestaciones de la ajenidad, destaca lo que se suele denominar como ajenidad en el mercado⁶, que hace referencia a que el trabajador no se relaciona directamente con los compradores, sino que es la empresa que contrata tales servicios quien lo hace, tal y como sucede en la relación entre los riders y las plataformas.

Así pues, se concluye que lo esencial y definitorio de la ajenidad se encuentra precisamente en esa atribución originaria de los frutos o productos del trabajo que, desde el momento mismo de su producción por el trabajador, son propiedad de otra persona que es el empresario⁷ por lo que no existe una transmisión del servicio producido, esto también viene recogido en los fundamentos de derecho de la sentencia objeto de este trabajo, concretamente en el undécimo, donde se determina que para que exista ajenidad los frutos del trabajo pasan *ab initio* a la empresa, que asume la obligación de retribuir los servicios. Además, al ser una prestación de servicios, la ejecución del trabajo se tendría que realizar conforme a las exigencias y conveniencias del propio trabajador, para poder excluir la ajenidad, no obstante, en este caso sucede lo contrario, dado que el medio principal para realizar la actividad es la aplicación y la misma no les pertenece a ellos, sino a la plataforma.⁸

También hace referencia a la ajenidad de los riesgos, esto quiere decir que el trabajador no asume los costes de la actividad, sino que son aceptados íntegramente por el empresario, esto nos lleva a afirmar que una de las características esenciales del contrato de trabajo es el coste asumido por parte del empresario contratante al incorporar el trabajo a su patrimonio, de modo que el resultado económico (favorable o adverso) no afecta al trabajador porque no participa en el riesgo asumido, aunque se compense su esfuerzo con una parte de la utilidad a través del salario .

En lo que atañe a la voluntariedad, se regula expresamente en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajo ha de asumirse de manera libre, a consecuencia de la propia libertad consagrada en la Constitución en el artículo 35.

⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R. “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 28/1986, pp.449 y ss.

⁷ STS 805/2020, de 25 de septiembre, ECLI: ES:TS:2020:2924. Se defiende en su fundamento vigésimo que la nota de la ajenidad se cumple en la relación entre Glovo y los riders al ser la empresa quien se apropia directamente del resultado de la prestación del trabajo, el que redunda en beneficio de esta.

⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. “La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”. *Temas laborales*. núm 146/2019. p.136.

En resumen, se afirma que el trabajo en cuestión debe prestarse voluntariamente, en régimen de ajenidad y consecuente dependencia y recibiendo como contraprestación una remuneración de naturaleza salarial (presupuestos sustantivos). Pero para completar el concepto de trabajo como objeto del Derecho que se trata, se deben tener en consideración las inclusiones y exclusiones legales (presupuestos adjetivos), es decir, aquel conjunto de trabajos que ya reuniendo o ya sin reunir alguno de los presupuestos sustantivos se les incluye o excluye del mundo jurídico laboral⁹, por diferentes motivos, como es el caso objeto de estudio de los repartidores.

No obstante, aunque es cierto que el Derecho del Trabajo se ha caracterizado siempre por ser muy dinámico, en estos últimos años estamos ante un proceso de revisión conceptual del mismo, debido en su mayoría a la globalización y auge del uso de las nuevas tecnologías.

Para el objeto del presente trabajo la discusión se centra en la ajenidad y dependencia fundamentalmente.

1.1 EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE DEPENDENCIA Y AJENIDAD

La polémica sobre la naturaleza laboral o no de la prestación de servicios en un intento de huir del ordenamiento laboral vigente no es ninguna novedad en el ámbito del Derecho del Trabajo. Las controversias se reconducen por los tribunales a la aplicación de un método indiciario a los datos fácticos que confluyen en cada caso concreto para determinar, si en la prestación de servicios concurren o no los presupuestos configuradores de la relación laboral del artículo 1.1 ET: personalidad, voluntariedad, trabajo por cuenta ajena, dependencia y retribución. Cuando concurren los presupuestos, se activa la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET.

Las notas definitorias del contrato de trabajo que más polémica generan son la dependencia y la ajenidad. En una misma prestación de servicios suelen concurrir simultáneamente indicios de dependencia o subordinación y de autonomía e indicios de trabajo por cuenta ajena y propia.¹⁰ Los indicadores, que deben ponderarse en el modelo de negocio de las plataformas digitales para que el trabajo sea considerado asalariado o autónomo, son singulares, y difieren de los indicios

⁹ PÉREZ AMOROS, F. "El trabajador como sujeto del derecho del trabajo español". *Revista de Política Social*. Núm. 133. Enero-marzo 1982. p. 82.

¹⁰ FERNÁNDEZ PRIETO, M: "La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo" *Temas Laborales*, núm.151, 2020, p. 201.

que los tribunales han utilizado anteriormente. No obstante, no es la primera vez en la que el contexto socioeconómico del momento exige una actualización y flexibilización de los requisitos de dependencia y ajenidad¹¹, en los años 80 surgieron lo que podemos denominar como ‘‘los primeros riders’’, que eran aquellos repartidores o mensajeros cuyo empleo ya ocasionó polémica en esa época, por lo que conviene recordar la historia y confrontarla con el presente. Estos mensajeros de periódicos y publicaciones prestaban el servicio de recepción de paquetes para su transporte y entrega, respondiendo además de la pérdida, extravío o hurto de la misma cuando su valor no excediese de una determinada cantidad. Los mensajeros prestaban servicios en sus vehículos propios, tal y como sucede en el caso que nos ocupa, percibiendo un tanto por viaje. Los mensajeros llevaban en su vestimenta y vehículo anuncios de la empresa, como en el caso de los glovers, que llevan la caja con el logotipo identificativo y también recibían penalización de no realizar correctamente el trabajo¹².

El Tribunal Supremo atribuyó naturaleza laboral a la relación entre la empresa y los repartidores¹³ y declaró nulo el despido de seis trabajadores ordenando la readmisión de los despedidos, así como al pago de las costas procesales y los honorarios del abogado de los mensajeros.¹⁴

En dicha sentencia ya se determina que es preciso examinar en cada caso, con independencia de la calificación que las partes otorguen a su relación, la verdadera naturaleza de las prestaciones que integran realmente su contenido, con el fin de que las causas esenciales que dan lugar al derecho de trabajo como regulador y protector de una especial relación de servicio no queden burladas, que es lo que en este caso sucedería de atenerse a la denominación dada por las partes. Las partes consideraban que los repartidores debían calificarse como autónomos por el hecho de no estar sometidos a horario ni dependencia¹⁵.

La dependencia y la ajenidad son los principales detonantes de la calificación por parte del Tribunal, en este punto, se entendió que, en primer lugar, la depen-

¹¹ MARTÍN VALVERDE, A., ‘‘Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)’’, *RMTAS*, 38/2002, pp. 21 y ss.

¹² STS 915/1986, de 26 de febrero. Vid en FJ PRIMERO.

¹³ STS 915/1986, de 26 de febrero.

¹⁴ Sentencia de la que también se hizo eco la prensa del momento, tal y como señala ROJO TORRECILLA, E: ‘‘Mensajeros 1984 – Riders 2017. Tan lejos en el tiempo, tan cerca en la realidad laboral. Materiales para un caso práctico del curso 2017- 2018’’, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/07/mensajeros-1984-riders-2017-tan-lejos.html> (última consulta 8 de abril de 2021)

¹⁵ STS 915/1986 de 26 de febrero. Vid. en FJ TERCERO.

dencia, aparte de su exteriorización en llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. En segundo lugar, la ajenidad es también patente, el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.º ET; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, artículo 1.101 del CC.

Así pues, ya desde hace años existe la necesidad de adaptar los conceptos de dependencia y ajenidad no sólo a la situación individual de cada relación laboral, sino a la realidad social en la que nos encontramos, lo que nos lleva a poder afirmar que el concepto tradicional de trabajador se ha sometido -en el tratamiento jurisprudencial de sus notas definidoras de dependencia jurídica y ajenidad- a una importante ampliación con un resultado ambivalente. En primer lugar, ha tenido un resultado negativo, el desdibujar los perfiles de esta categoría jurídica generando el resultado de inseguridad jurídica. En segundo lugar, ha tenido el resultado positivo de extender la protección social a supuestos fronterizos en los que una interpretación estricta del concepto de trabajador habría conllevado la negación de tal protección¹⁶.

En la época postindustrial, las máximas de autoorganización y flexibilidad de los trabajadores de plataformas digitales han puesto en tela de juicio un trabajo clásico y subordinado¹⁷, situación semejante a la de los repartidores de periódicos. Finalmente, el Tribunal Supremo falló calificándolos de “falsos autónomos” dada la consideración de la dependencia y ajenidad que hizo teniendo en cuenta los índices de laboralidad actuales y la situación concreta que rodeaba el caso, todo ello se debe principalmente a que tanto la dependencia como la ajenidad son una creación principalmente jurisprudencial.

¹⁶ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B: “La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo”. *Cuadernos de relaciones Laborales*, Vol 25, núm, 2, 2007, p.31.

¹⁷ GIL OTERO, L: “Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia”. *Temas laborales* núm 151/2020. p.37.

1.2 CONCURRENCIA DE AJENIDAD Y DEPENDENCIA COMO NOTAS DEFINITORIAS DE LABORALIDAD

Como se ha venido indicando anteriormente, la dependencia y la ajenidad son los dos elementos del contrato de trabajo más relevantes, no obstante, es preciso señalar que ninguna de las dos notas, por sí misma, es inexorablemente suficiente para implicar laboralidad, por lo que, necesariamente, tenemos que entenderlas de manera conjunta y complementaria para así poder establecer un concepto claro de contrato de trabajo por cuenta ajena. Por todo ello, la delimitación de lo laboral se efectuará en función de la presencia conjunta de los presupuestos de dependencia y ajenidad. Ambas se explican y fundamentan mutuamente en el seno de la relación laboral, con carácter acumulativo y no alternativo¹⁸.

No obstante, es cierto que las transformaciones económicas, como el origen de las plataformas digitales, han dado lugar a una crisis de los conceptos tradicionales de estos términos que son elementos principales del Derecho del Trabajo.

En este punto, surge la cuestión de si los mismos son categorías susceptibles de acoger las nuevas formas de trabajo como el trabajo *on demand* que están emergiendo ante los cambios en la organización de trabajo, esto se debe a que las máximas de autoorganización y flexibilidad de los trabajadores de las plataformas han puesto en tela de juicio un trabajo clásico y subordinado. La dependencia como elemento definidor, al contrario que la ajenidad, se ha vinculado a la forma de prestar trabajo, ya que goza de un gran margen de transformación intencionada¹⁹. Por todo ello, en diversas ocasiones se ha afirmado que la dependencia es una manifestación de la ajenidad, en este caso, respecto de la organización productiva a la que se incorpora el trabajo que es titularidad del otro, lo que significa que el trabajo se realiza en las condiciones establecidas por ese otro, que es el empresario, que será la persona que reciba el esfuerzo laboral.

2. EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL

Como consecuencia de los múltiples cambios que ha ido sufriendo la sociedad a lo largo de los años, se ha podido apreciar cómo también los sufrían las relaciones laborales.

¹⁸ PÉREZ CAMPOS, A.I: “Reflexiones sobre la revisión conceptual del Derecho del Trabajo” op. cit. p.6.

¹⁹ GIL OTERO, L: “Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos...” op. cit., p.11.

En un principio, trabajador era el operario de la fábrica y otros recintos industriales, sin ostentar aquel ningún tipo de protección legal al respecto y sometido a diversas situaciones de abuso, y, gracias a las diversas reformas legislativas que se produjeron y las normas que se crearon, la sociedad fue avanzando hacia un concepto laboral más justo y equitativo hasta llegar a la gran transformación que hoy en día se ha generado debido al auge de las nuevas tecnologías y de la economía de las plataformas.

El 23 de agosto de 1926 aparece el primer Código del Trabajo en España y posteriormente van apareciendo múltiples leyes reguladoras de esta relación laboral (Ley del Contrato de Trabajo de 1931, Ley del Contrato de Trabajo de 1944 Ley de Relaciones Laborales de 1976) hasta llegar a la legislación actual.

El concepto legal de trabajador (o de obrero), debe estudiarse a partir del artículo 1, en estrecha concordancia con el artículo 3 del Texto legal de 1926. El obrero-sujeto del contrato de trabajo, se obliga a prestar un servicio manual (no intelectual) o a ejecutar una obra para otra persona, por un precio determinado.

Este concepto de trabajador ha ido avanzando hasta convertirse en una figura que engloba diferentes perspectivas. Por todo ello, se afirma que una de las constantes en la configuración jurídica del Derecho del Trabajo ha sido su tradicional orientación expansiva, trazando una tendencia a incluir los tipos más variados de trabajadores en el seno de la disciplina laboral. Así, reconocido el protagonismo del trabajador en la órbita laboral, es interesante también el perfil jurídico de esta figura que, con el paso del tiempo ha sufrido un proceso de transformación, que se debe al origen de las nuevas estructuras empresariales en las que se integra y el desarrollo y ejecución de sus servicios²⁰.

En la sociedad actual, debido principalmente a estar inmersa en una constante evolución de las tecnologías, se ha ido moldeando una variante de la relación laboral (trabajo a llamada o *-on demand-*) y del concepto de trabajador que se aleja bastante de lo que comúnmente se conocía como tal y de la misma forma, esta nueva realidad productiva conlleva la adaptación de los conceptos de dependencia y ajenidad a la realidad social en la que deben aplicarse las normas (artículo 3.1 Código Civil).

Una de las manifestaciones que simboliza la multitud de transformaciones conceptuales del Derecho del Trabajo es la figura del trabajador autónomo eco-

²⁰ PÉREZ CAMPOS, A.I: "Reflexiones sobre la revisión conceptual del Derecho del Trabajo" *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 36, 2003, p.136.

nómicamente dependiente (TRADE), que conlleva fórmulas alternativas de contratación²¹.

El TRADE aparece como un sujeto (y colectivo) que se aproxima en gran medida al trabajador por cuenta ajena, sin embargo, también se aleja igual y claramente del tradicional comerciante, del mero empresario titular de una organización con amplios medios personales o materiales²². Su definición ha sido objeto de diversa jurisprudencia durante hace varios años. Así, en 2010, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en una sentencia del 2 de diciembre²³ define al TRADE como aquel que presta servicios de modo personalísimo y exclusivo para un solo empresario, si bien carece de dependencia, y que tiene su propia infraestructura y material propio, y carece también de ajenidad, es decir que percibe una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla. Esta misma definición viene recogida en el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Se puede afirmar que la aparición de este colectivo tiene como causa, no ya sólo los cambios productivos y económicos que ha venido sufriendo nuestro sistema durante estos últimos años, sino también la imposibilidad de subsumir o encuadrar este nuevo tipo de prestación dentro del tipo jurídico que hoy en día delimita básicamente el ordenamiento social.²⁴

Este tipo de trabajador no sólo ostenta rasgos distintos al del resto de autónomos, sino que, tiene ya su propia conciencia de grupo. Fruto de ello es la aparición en España²⁵ y en otros países como Italia²⁶, de organizaciones sindicales destinadas a proteger a este nuevo y cada vez más extendido tipo de trabajador autónomo. Y fruto de ello es, igualmente, la progresiva atención doctrinal a esta cuestión con diversas propuestas normativas como es actualmente la “ley de riders” que posteriormente se tratará.

²¹ Ibidem p.13.

²² CALVO GALLEGO, F. “Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación”. *Temas laborales* núm. 81/2005, pp. 50-51.

²³ STSJ Madrid N° 829/2010, de 2 de diciembre, ECLI:ES:TSJM:2010:17887

²⁴ CALVO GALLEGO, F: “Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación” *Temas Laborales* núm. 81/2005. P.54

²⁵ Se señala aquí la existencia de noticias a lo largo de estos últimos años relativas a la UPTA (Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos) relacionada con UGT; de la Asociación Nacional de Empresarios y Profesionales Autónomos (ASNEPA); de la Confederación Intersectorial de Autónomos Españoles (CIAE/COPYME).

²⁶ Por ejemplo, Nidal-CGIL.

No obstante, también es preciso mencionar en este punto que no sólo ha sufrido numerosos cambios la figura del trabajador, sino también otras figuras como la del empresario, cuya evolución va unida a las demandas de la actividad económica. Así, las organizaciones empresariales en las que se genera el empleo por cuenta ajena en las últimas décadas se ha transformado intensamente para hacer frente a los cambios que se producían en la actividad económica, como por ejemplo la globalización de la información y la progresión de las tecnologías de la comunicación, surgiendo así nuevas estrategias empresariales como es el caso de las plataformas digitales que en el presente trabajo nos ocupan, caracterizadas, entre otras cosas, por la reducción de las dimensiones empresariales.

Dentro de la esfera de dirección del empresario también se precisa destacar ciertos aspectos que con la evolución de las nuevas tecnologías se han visto afectados, tal es el caso de la jornada laboral, que tradicionalmente estaba marcada por el empresario, no obstante, estos cambios tecnológicos y organizativos de la empresa y de las propias demandas del mercado hacen imprescindible una lectura renovada de este paradigma, sin tratarse de innovaciones en profundidad. Todos estos cambios que se han ido introduciendo en las empresas y se han extendido a toda la sociedad en su conjunto, conforman la base para la proliferación de los denominados contratos atípicos, donde se encuentran los formalizados por las plataformas digitales y los repartidores, cuya ausencia de tipicidad viene dada por la ausencia de un contrato de duración indefinida y a tiempo completo, más bien viene caracterizada por todo lo contrario, es decir, por la temporalidad extrema y la parcialidad en la prestación laboral.²⁷

III. LABORALIDAD Y SUS INDICIOS

Para valorar la presencia de las notas definitorias de una relación laboral que sea dudosa se utilizará la técnica indiciaria, que consiste en identificar los indicios favorables y contrarios de la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si existe o no relación laboral, tal y como recuerda la STS de 25 de septiembre de 2020²⁸. Esto es debido a que la subordinación es una situación que no se puede observar directamente, por lo que tenemos que atender a sus manifestaciones, que están conectadas con la forma de organizar el trabajo, para ver si revelan la existencia de esta característica de la relación laboral²⁹.

²⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. ‘‘La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales.’’ *Temas laborales* n°146/2019. P. 139-140.

²⁸ STS de 25 de septiembre de 2020 (rec 4746/2019)

²⁹ STS de 20 de enero de 2015 (rec 587/2014)

La STS de 25 de septiembre citada supra hace referencia, como se verá posteriormente en profundidad, a la diferencia entre la inversión en la actividad que realiza cada una de las partes para llevarla a cabo. Los riders cuando firman el contrato obtienen por parte de la empresa los siguientes elementos³⁰: una caja de plástico de color amarilla con el logotipo para el vehículo, un cargador y soporte para el móvil y otro para la caja, una bolsa térmica, una tarjeta de crédito (o “bankable³¹”) facilitada por la empresa contratante y un chubasquero.

El trabajador aportaba el medio de transporte y el móvil, por lo que podemos apreciar a simple vista que la inversión realizada por la empresa es más elevada, tal y como se termina reconociendo en el fundamento jurídico vigésimo de la Sentencia del Tribunal Supremo que pone fin a esta cuestión. También es destacable la dependencia con la empresa al llevar el logotipo en la caja y que la misma sea del color que representa a la misma.

El hecho de utilizar el vehículo personal para la realización de la actividad ya generó controversia en la STS de 25 de noviembre anteriormente mencionada, que se remite a jurisprudencia anterior³² para afirmar que es laboral la relación entre un repartidor de publicaciones impresas y la empresa contratante, considerado en un primer momento como autónomo. El tribunal en dicho momento afirmó que “*el demandante prestó voluntariamente los servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización de otra persona*”.

1. LOS NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD

En la doctrina española se ha producido una clasificación de los índices de la laboralidad en tres grandes bloques, indicios fuertes, indicios medianos e indicios débiles. En cuanto a los indicios fuertes, los mismos hacen referencia a trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa; percibir de la empresa una remuneración fija y periódica. Los indicios medianos son aquellos relativos a trabajar en las instalaciones de la empresa; sujetarse a la realización de jornada y horario; no detentar poderes inherentes a la titularidad de la empresa; recibir órdenes de la empresa. finalmente encontramos los indicios débiles que son los que hacen referencia al régimen de seguridad social en el que se halla encuadrado el trabajador³³.

³⁰ SJSO de Salamanca 215/2019 (rec 133/2019)

³¹ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B. “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales” *Temas Laborales* núm 151/2020, p. 170.

³² STS de 26 de junio de 1986

³³ MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo*, 3ª edic., Atelier,

El auge de las plataformas digitales como una nueva forma de trabajo conlleva que se tengan que tener en cuenta otros indicios diferentes a los clásicos.

En estos casos parece relevante atender a las particularidades de esta nueva forma de organizar el trabajo, no sólo porque aparezcan nuevas manifestaciones de la subordinación, sino porque las tradicionales formas de subordinación (procesos de selección, fijación de horarios, jornada, formación desde la empresa, instrucciones directas, etc.) se atenúan o desaparecen³⁴.

Existe un arrendamiento de servicios y no una relación laboral cuando el trabajador tiene plena libertad para actuar, cuando se limite a realizar actos profesionales concretos y no esté sujeto a jornada o instrucciones³⁵, por lo que, llegados a este punto, es evidente que dichas notas no las cumplen los riders, dado que la empresa contratista tiene una influencia decisiva sobre las condiciones laborales de los mismos. Esto mismo queda reflejado a través del geolocalizador por GPS que debe llevar consigo el repartidor en el desarrollo de la actividad para que su empresa tenga un registro del kilometraje que realiza, es un indicio de dependencia ya que permite el control por parte de la empresa en tiempo real.

Asimismo, aunque se alega una teórica libertad en la elección de las franjas horarias y posibilidad de rechazar pedidos sin necesidad de justificación, esto va acompañado de una consecuencia negativa para los trabajadores, dado que se ha comprobado que los repartidores que obtengan mejor puntuación tienen preferencia para elegir los servicios y, además, la comisión recibida también depende de las valoraciones. De todo ello se puede observar efectos sobre la organización del trabajo, principalmente un mejor o peor posicionamiento de los repartidores en relación con los encargos. En ciertas ocasiones pueden darse penalizaciones respecto de aquellos riders con puntuaciones negativas que conllevarían la “desconexión” de la plataforma, lo que parece en cierto modo un eufemismo de la jerga del mundo digital bajo el que se esconde un despido³⁶.

Barcelona, 2015, p.50.

³⁴ TODOLÍ SIGNES, A: “Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales. A propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm 58, octubre 2019. p.6.

³⁵ STS de 24 de enero de 2018 (rec 3595/2015)

³⁶ MARTÍNEZ MORENO. C, ÁLVAREZ ALONSO, D “Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”. *Revista Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. núm. 72, 2020.p.7.

1.2. LA SUBORDINACIÓN EN LOS NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD

La sociedad ha ido evolucionando de manera progresiva hasta llegar al punto actual en el terreno laboral, donde el concepto de trabajador dista bastante de lo que comúnmente se conoce como tal. Así pues, el trabajador hoy en día no se ciñe a la fábrica o industria, sino que puede abarcar diferentes ámbitos laborales, como el de repartidor o ‘rider’, esta figura principalmente se debe a la gran influencia de la tecnología, que ha provocado un cambio enorme en cualquier índice de nuestra vida.

Esta irrupción de las tecnologías en la sociedad ha implicado que los conceptos identificadores del trabajo, como la dependencia, hayan sufrido algunas modificaciones, ya que, como se ha indicado anteriormente, este concepto debe estar sometido constantemente a una revisión que le permita adaptarse a la realidad social del momento en el que se encuentre.

Esta nota, desde sus orígenes ha ostentado una alta inestabilidad conceptual que ha derivado de la equivocidad de la expresión sometida a tres distintas acepciones, en primer lugar, tenemos dependencia técnica (o subordinación) del trabajador a las normas que le imparte el empresario.

Dada la situación que ocupa, es preciso entender que la calificación del trabajo subordinado no puede situarse en la rigidez de los conceptos que responden a una definición legal precisa, sino entre los tipos dotados de gran flexibilidad para llegar a una buena comprensión de lo que es ahora mismo un trabajador. Esto es debido principalmente a la continua transformación del Derecho del Trabajo, como seña de identidad, crea tensiones en los que se dice son sus componentes estructurales para contrarrestar en la medida de lo posible un enfoque simplista que tienda a ver sólo al trabajador o como subordinado o como independiente, porque puede haber trabajos no autónomos en sentido estricto, esto es, en los que aparece muy difuminada la subordinación jurídica estricta y formal, entendida como poder jerárquico del empresario sobre los trabajadores manifestado en tres rasgos o elementos interrelacionados, poder de dirección, poder de control, poder disciplinario³⁷.

Dentro de las notas de laboralidad en el contexto digital, aparecen nuevas manifestaciones de subordinación que hacen referencia a los nuevos indicios de

³⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “Las fronteras del contrato de trabajo y sistema de indicios de laboralidad”. : *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm 143, 2019. p.21.

laboralidad a tener en consideración en este momento, como son, por ejemplo, el poder de control que tienen las plataformas al imponer la tenencia de llevar un geolocalizador a los repartidores que le permita a la empresa saber la ubicación exacta de este trabajador, dentro de esta esfera también cobra relevancia el sistema de puntuación del que hacen partícipes a los clientes. En cuando al poder de dirección, que es otro de los indicios clásicos bajo el que se sustentaba el concepto de subordinación, en esta nueva realidad laboral en la que nos encontramos, las plataformas no suelen ser tan exhaustivas con las instrucciones que aportan a los trabajadores, y les permiten desempeñar su trabajo con cierta autonomía funcional, no obstante, deben atender a los clientes con el distintivo de la plataforma para la que trabajan y su atuendo, lo que se entiende como una forma de instrucción en la ejecución del trabajo³⁸.

IV. PROBLEMÁTICA DE LOS RIDERS.

Estamos ante una nueva realidad que deriva de la irrupción en el mercado de las plataformas digitales que permiten la relación virtual entre consumidor y prestador de servicios, lo que ha llevado a una nueva configuración del trabajo que dista bastante del modelo tradicional. Esta situación ha originado que sobre la problemática haya habido diferentes pronunciamientos judiciales, de órganos de instancia en sentido dispar para dar respuesta a dicha situación.

En los últimos años se ha planteado la cuestión de si ciertas empresas como Glovo realizan una actividad de intermediación entre el consumidor y el establecimiento que desea prestar servicios a domicilio. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁹ (TJUE en adelante) negó dicha afirmación, dado que la empresa implicada en este caso (Deliveroo) no se limitaba a poner en relación al establecimiento prestador de servicios con el consumidor, sino que ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los riders.

1. CALIFICACIÓN COMO TRADE Y SU PROBLEMÁTICA.

La diferenciación entre trabajo asalariado y trabajo autónomo es una cuestión que puede calificarse como clásica tanto en la literatura jurídica como en

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: “La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de plataformas digitales” *Temas laborales* 146/2019. p. 138

³⁹ STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15.

las resoluciones judiciales⁴⁰. A continuación, procedemos a establecer los marcos conceptuales de los conceptos de TRADE y falso autónomo, centrándonos posteriormente en la calificación de los riders como TRADES sin serlo realmente, dando lugar así la figura del falso autónomo.

1.1 DEFINICIÓN DE LOS TRADE

En primer lugar, es necesario realizar una delimitación conceptual de ambas figuras.

El concepto de TRADE –artículos 11, 11 bis y 12 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del estatuto del trabajador autónomo hace referencia a un trabajador autónomo que depende económicamente de uno de sus clientes, ya sea una persona física o jurídica, al cual presta sus servicios de forma habitual, personal y directa. En este sentido, se considera que es económicamente dependiente cuando percibe de dicho cliente al menos el 75% del total de sus ingresos, dicha situación es principalmente la que le diferencia de un autónomo ordinario, además, también deben desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, ostentando su propia estructura y materiales.

La figura del TRADE está destinada a ocupar un lugar colindante con el espacio del contrato de trabajo, y, para que pueda predicarse la existencia de una relación jurídica de “trabajador autónomo económicamente dependiente” (TRADE) con su cliente, es preciso que entre el mismo que presta el servicio y quien lo recibe (empresario) no concurra una situación de dependencia, esto es, que el TRADE no esté sujeto al poder directivo del empresario y ello porque el TRADE ostente su propia organización.⁴¹

El objeto del presente trabajo se centra en el *modus operandi* de las plataformas digitales centrado en la utilización del concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente sobre sus trabajadores para así eludir ciertas obligaciones, haciendo un mal uso del mismo y dando lugar a la problemática que se encuentra latente en la actualidad.

En cuanto a la cotización de este tipo de trabajadores y su encuadramiento en la Seguridad Social, se debe realizar siguiendo las previsiones inherentes al Régi-

⁴⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas” *Temas Laborales* núm.138/2017,p. 86

⁴¹ MONEREO PÉREZ, JL, LÓPEZ INSUA, B “ Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia.” *Revista de Jurisprudencia Laboral*. núm 4/2020, p 4.

men Especial de Autónomos, de acuerdo con el artículo 25 de La ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo, que establece la cotización obligatoria en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos previstos en el artículo 181 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

A diferencia del trabajador autónomo común, el Estatuto contempla la posibilidad de que por Ley puedan establecerse bases de cotización diferenciadas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Además, al desempeñar un trabajo para un empresario, este tipo de trabajadores tienen que formalizar un contrato de trabajo donde se recojan las condiciones del mismo que regirá por las disposiciones contenidas en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, ya sea de naturaleza civil, mercantil o administrativa. Finalmente, de no fijarse duración o servicio determinado se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contrato surte efectos desde la fecha de su formalización y que se ha pactado por tiempo indefinido.

1. 2. DEFINICIÓN DE FALSO AUTÓNOMO

El trabajo autónomo actualmente constituye una figura que se caracteriza por la heterogeneidad⁴² la cual no está exenta de las denominadas ‘‘zonas grises’’, como la relativa a los falsos autónomos, en la que cabe constatar ciertas acciones conllevan el entendimiento de trabajadores por cuenta ajena que realmente vienen sometidos por la empresa a una apariencia de trabajadores por cuenta propia, principalmente mediante su alta en el RETA.

Los falsos autónomos han protagonizado un notorio cambio de sector económico en los últimos años. Al principio se encontraban en su mayoría concentrados en el sector de la construcción mientras que ahora se ha diversificado, cobrando protagonismo el número de falsos autónomos agrupados en el sector del reparto de comida a domicilio (riders) que ahora nos ocupa. Dicho trabajo se ha mostrado como una oportunidad para que potenciales prestadores de servicios puedan registrarse como autónomos sin serlo realmente y recibir encargos a

⁴² VALLESPÍN PÉREZ, D. *El régimen profesional de los trabajadores autónomos y sus especialidades*, Bosch, (Wolters Kluwer), Barcelona, 2018, pp. 15 y ss.

demanda bajo la red de contactos y clientes que la plataforma digital para la que trabajan ofrece.

Es un trabajo atípico y vulnerable, que exige además una disponibilidad del trabajador en determinadas franjas horarias, sin garantizar la prestación efectiva de servicio alguno, ni siquiera, unos ingresos mínimos. Dada la importancia que tiene esta situación de fraude, el hecho de que los riders hayan sido durante varios años considerados como autónomos sin serlo realmente es una infracción grave, de conformidad con el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Como consecuencia de dicho acto ilícito, además de obligar al empresario que comunique el alta inmediata del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo también puede exigir el pago correspondiente a las cuotas por el tiempo en que el trabajador debería haber estado cotizando por dicho Régimen.

Para intentar paliar esta situación han ido apareciendo diferentes líneas de actuación para mejorar, entre otras cosas, el cumplimiento de la legislación en materia de Seguridad Social que permitan una rápida detección del falso autónomo. Así pues, tras la resolución del Tribunal Supremo de 2020 citada supra, se ha elaborado un Real Decreto Ley con el que el Ministerio de Trabajo busca garantizar la laboralidad de los riders, a través de esta ‘ley de riders’ se les ha otorgado a dichas empresas un plazo de tres meses para regularizar a sus repartidores desde la publicación en el BOE que se realizó el 12 de mayo de 2021.

2. PROBLEMÁTICA DE LOS RIDERS Y SU DETERMINACIÓN COMO FALSOS AUTÓNOMOS.

El problema principal de este tipo de trabajadores radica en que en la economía digital reciben la calificación por parte de las plataformas de Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente dando lugar así a la figura del falso autónomo porque no cumplen con los requisitos establecidos legalmente para entenderlos dentro de dicho marco conceptual. Tal clasificación resulta mucho más beneficiosa dado que a los trabajadores autónomos no se les aplica la legislación laboral, lo que hace que la mano de obra sea mucho más barata.⁴³

⁴³ CABEZA PEREIRO, J. ‘‘Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía’’. *Revista de derecho social*, 86/2019, p.66.

Con carácter general, el denominado falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como tal incluso cuando se cumplen los requisitos para calificar la relación como laboral, con el fin de eludir determinadas responsabilidades jurídicas o fiscales, por lo que entendemos por falso autónomo aquel que, aunque a título individual cumple con las obligaciones que ostenta como trabajador autónomo, no tiene una correcta relación entre el cliente y su empresa, porque esta lo contrata en los términos de un trabajador por cuenta ajena, pero con particularidades que son beneficiosas por ser calificado como TRADE, como no asumir el pago de la Seguridad Social en el régimen general, por lo que no tienen la protección de la cual gozan el resto de empleados por cuenta ajena, y aquel comparte además el inconveniente de no tener influencia sobre las decisiones que se toman.

El falso autónomo debe darse de alta en el RETA como si fuese un TRADE. No obstante, si acudimos al artículo 11 del Estatuto del Trabajador Autónomo observamos que los requisitos que el mismo precepto establece no son cumplidos por los repartidores, dado que no disponen de una infraestructura productiva ni de materiales propios, tampoco imponen los criterios de organización sino que obedecen las órdenes y directrices impuestas por la empresa que los contrata, ya que es la empresa demandada quien se encarga de tomar todas las decisiones comerciales, como elegir los establecimientos para los que trabajar y fijar de manera unilateral los precios del servicio y la remuneración de todos los riders. Por ello, se ha afirmado que la inscripción en el RETA por parte de estos trabajadores es realmente un fraude para eludir cargas fiscales y obtener mayor nivel de beneficios.

Esto es, si el trabajador no tiene capacidad alguna de decidir en asuntos como la fijación del precio cobrado al cliente o costes que se asumen frente a los proveedores, no será oportuno considerarlo como un emprendedor por cuenta propia⁴⁴

V. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS RIDERS:

El debate sobre la laboralidad o no de la prestación de servicios a través de plataformas digitales se encuentra en plena ebullición, y dirimir esta cuestión no ha resultado sencillo

⁴⁴ GONZALEZ ORTEGA, S. "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de plataformas informáticas". op.cit. pp.121-122.

1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL

En diversos países del mundo se ha tratado esta cuestión, obteniendo respuestas que distan bastante de la que se ha dado finalmente en España. Así pues, en Estados Unidos, en las primeras resoluciones la cuestión parecía estar resuelta en favor de la no laboralidad y carácter autónomo de este tipo de trabajo, no obstante, con el tiempo emergieron otros pronunciamientos en los que se declaró la laboralidad⁴⁵.

A diferencia del continente americano, actualmente en Europa parece primar el carácter autónomo de dicha prestación de servicios, claro ejemplo son las Sentencias de la Cour d'appel de Paris de 20 de abril de 2017, referente a un caso de Take Eat Easy y la posterior de 9 de noviembre de 2017, en el caso de Deliveroo, en las que el Tribunal francés concluyó que no es posible considerar que existe una relación laboral en dichos supuestos. En Italia también se ha resuelto en la misma línea, atendiendo a la Sentencia del Tribunale del lavoro Torino de 11 de abril de 2018, en el asunto Foodora.

Por otro lado, en Holanda también se ha ofrecido una respuesta en esta dirección en la Sentencia Rechtbank Amsterdam de 23 de julio de 2018, en el caso de un repartidor de Deliveroo.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA.

Desde la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986 no había existido gran controversia respecto de este ámbito laboral, no obstante, en estos últimos años los tribunales españoles se han pronunciado al respecto en diversas ocasiones, pero, a diferencia de lo considerado en ciertas ocasiones por la jurisprudencia europea, la respuesta que finalmente ha ofrecido el Tribunal Supremo es la de existencia de relación laboral entre los repartidores y las plataformas digitales.

Así pues, la solución definitiva, que además es utilizada como referencia para este trabajo, es la ya antes mencionada STS 805/2020, que se dicta en casación para la unificación de la doctrina ante la disparidad de opiniones que se podían apreciar en el panorama jurídico, por ejemplo, entre la STSJ de Madrid, 715/2019, de 19 de septiembre y la STSJ de Asturias 1607/2019 que se aportó como contraste.

⁴⁵ Caso O'Connor vs Uber Technologies de 11 de marzo de 2015 del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California.

Ambas resuelven en sentido distinto supuestos entre los que media una identidad sustancial, sin perjuicio de algunas diferencias de menor entidad.

No obstante, no todos los órganos jurisdiccionales españoles han estado de acuerdo con esta resolución. Hasta llegar a dicha sentencia, se han adoptado diferentes posturas respecto de este tema⁴⁶, entendiéndose en algunas la no laboralidad de un prestador de servicios en plataforma afirmando su condición de TRADE.

En estas resoluciones se defiende la ausencia de jornada laboral y de horario, alegando así que la empresa no tenía poder disciplinario sobre el trabajador más allá del desistimiento del contrato si no se realizaban los servicios y una penalización en su puntuación.

2.1. SENTENCIAS ANTERIORES A STS 805/2020

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que existen jurisprudencia y doctrina dispar sobre este tema ya que no tiene grandes precedentes y supone un gran cambio en la forma de entender hoy en día el trabajo. Hay diversas sentencias anteriores a la del Tribunal Supremo que en este trabajo nos ocupa que fallaron en términos semejantes a este, claro ejemplo es la sentencia del Juzgado de lo Social núm.19 de Madrid, de 22 de julio de 2019, donde se utilizó también para dicha sustanciación la técnica indiciaria, que consistía en abordar índices clásicos, que no son específicos del trabajo en plataformas digitales y los índices nuevos, que sí que son específicos de esta tipología laboral.

No obstante, a lo largo del presente trabajo se hará un breve recorrido por aquella jurisprudencia contrapuesta en este sentido.

Así pues, en cuanto a la SJSO núm 19 de Madrid de 22 de julio de 2019, esta resolución considera probado que los repartidores prestaban sus servicios de una forma completamente organizada y regida por la empresa demandada, incluso en los detalles más insignificantes, concluyendo así que la empresa había establecido con toda precisión la forma en la que se ha de prestar el servicio⁴⁷.

En esta sentencia se plantea la cuestión de si la sustitución de un repartidor con otro se puede considerar un indicio de autonomía laboral, no obstante, con

⁴⁶ SJSO de Madrid 1353/2017

⁴⁷ TODOLÍ SIGNES, A: "Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales A propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid" *Revista Trabajo y Derecho*, nº58, octubre de 2019.

la Jurisprudencia española más reciente⁴⁸ se afirma que se hace en beneficio de la empresa, y, por consiguiente, no puede implicar la pérdida de la calificación de laboral esta relación ni tampoco la pérdida de los derechos como trabajador y conllevar la clasificación del mismo como autónomo.

Un punto importante que resuelve esta sentencia es la retribución del repartidor, considerando que tanto la retribución por horas como la retribución por reparto son compatibles con la laboralidad de conformidad con el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores. Esto es, los sistemas de retribución por unidad de obra y de tiempo son admitidos dentro del citado artículo. Por ende, este punto no puede considerarse como argumento para alegar una autonomía del trabajador.

La parte más relevante de esta resolución judicial es la exposición de los nuevos indicios de laboralidad que se consideran reveladores de la existencia de una relación laboral concretamente en esta forma de organizar el trabajo⁴⁹.

En estos últimos años, hemos podido apreciar jurisprudencia bastante dispar al respecto de este asunto. Ello se debe a que es un problema nuevo sin precedentes, además de que hace sólo diez años que se empezó a regular la figura del TRADE.

También destaca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 25 de julio de 2019, recurso 1143/2019, los actores eran repartidores de Glovo, que habían suscrito contratos como TRADE, prestando servicios como riders. Su sistema de trabajo consistía en que los demandantes seleccionaban una franja horaria, activaban su disponibilidad en el móvil y comenzaban a entrarles pedidos, que aceptaban bien manual o bien automáticamente. La selección de las franjas horarias dependía de la valoración del trabajador. El trabajador aportaba el móvil y el medio de transporte. El TSJ de Asturias declaró la laboralidad de la prestación de servicios, confirmando la sentencia de instancia.

En Aragón, el TSJ también se ha pronunciado al respecto de este tema tan controvertido y actual, confirmando la relación laboral existente entre los repartidores de una plataforma digital y la misma, considerando que desarrollaban una actividad propia de asalariados, al no participar en la estructura organizativa de la empresa, ni tampoco promovían ni concertaban ninguna relación comercial con los proveedores ni con los clientes, sino que era la empresa la encargada de

⁴⁸ STS de 20 de julio de 2010. Rec. 3344/2009. STS de 16 de noviembre de 2017. Recud: 2806/2015

⁴⁹ VV.AA. TODOLÍ SIGNES, A., HERNÁNDEZ BEJARANO, E.M., *El trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, 2018.

hacerlo, resaltando que la única autonomía que ostentaban los repartidores era la relativa a la elección del medio de transporte⁵⁰. Al hilo de todo lo expuesto, la sentencia determina que existen las notas definitorias de la relación laboral, en primer lugar, existe dependencia, que queda evidenciada a través de la organización del sistema productivo establecido por la empresa, también destaca la ajenidad, ya que la empresa disponía del fruto de la actividad realizada por los demandantes desde que se prestaba por ellos, dado que es en la cuenta de aquella donde se producía el ingreso de las cantidades abonadas por los clientes que habían hecho el pedido (ajenidad en los frutos). Los repartidores no promovían ni concertaban personalmente ninguna relación comercial con los proveedores ni con los clientes, sino que era la empresa quien gestionaba el servicio prestado (ajenidad en el mercado)⁵¹.

En este sentido, UGT valora positivamente esta sentencia, que deja claro que la línea de los Juzgados va a ser la marcada por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente trabajo. Para esta institución, no hay otro camino que la implantación inmediata de la “Ley Rider” y la regulación laboral de todas las personas repartidoras⁵² que posteriormente trataremos.

Dentro de esta sentencia del TSJ de Aragón, se toma como referencia para llegar al fallo la sentencia objeto del trabajo, en la que se hace mención al Auto del TJUE de 22 de abril de 2020 (asunto C692/19), que se dictó en respuesta a una cuestión prejudicial relativa a la calificación jurídica de la relación de un transportista con una empresa de transporte de paquetería desde la óptica de la Directiva 2003/88/CE, relativa a ciertos aspectos de la organización del tiempo de trabajo, fallando que esa calificación debía atender a las circunstancias del caso concreto, conforme a su realidad y a la relación de subordinación entre esa persona sobre cuya calificación laboral se debatía y su supuesto empleador.

Conforme a dicho Auto, el TS lleva a cabo el examen del contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de pedidos como trabajador autónomo (las circunstancias del caso planteado) y razona sobre las reglas generales sobre las que se construye el concepto legal de trabajador por cuenta ajena y la aplicación singular de tales notas en el caso de actividades de transporte⁵³.

⁵⁰ STSJA 175/2021 de 31 de marzo. Rec 128/2021

⁵¹ *Ibíd*em p.23. FJ DÉCIMO.

⁵² <https://www.ugt.es/riders>

⁵³ STSJA 175/2021. Rec 128/2021

También destacan dos sentencias de dos Juzgados de lo Social de Madrid⁵⁴ que intentan resolver la cuestión relativa a la laboralidad de la prestación de servicios de los “riders” en una plataforma digital determinada que es Glovo, aportando una visión completamente opuesta a las anteriores. En ambas resoluciones se recogen argumentos enfocados a la negación de la laboralidad como, por ejemplo, que el repartidor decidía el momento de inicio y finalización de su jornada⁵⁵.

Además, se alega que existía una notoria ausencia de la obligación de realizar un determinado número de pedidos o de estar en activo un mínimo de horas.

Respecto al funcionamiento de la aplicación mediante la que se realizan los pedidos, conviene recordar que la misma establecía un sistema de asignación de pedidos vinculado a un sistema de puntuación de los “riders”, cuya calificación se nutre de diversos factores como la valoración del cliente, y aunque los repartidores que tenían mejor puntuación gozaban de preferencias, la sentencia de 2018 no considera este dato como un indicio de laboralidad, tal y como se refleja en el Fundamento de Derecho quinto, apartado segundo.

. La realidad material de la relación demostrada difiere considerablemente de una relación laboral a juicio de la sentencia de 2018. Para alcanzar tal conclusión, señala en su fundamento jurídico quinto, apartado primero que «las principales herramientas de trabajo (medio de transporte y teléfono móvil) son propiedad del trabajador, situación que es totalmente contrapuesta al punto de vista del Tribunal Supremo cuando determina la laboralidad de dicha relación controvertida.

Además, en el fundamento de derecho quinto entiende⁵⁶ que el trabajador asume el riesgo y ventura del trabajo que desempeña, ya que no consta el sometimiento del trabajador a una estructura organizativa de la empresa, la cual sólo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los pedidos, que es la aplicación. Estas notas son compatibles con la prestación de trabajo en régimen de autónomo TRADE, pudiendo el cliente proporcionar ciertas indicaciones al rider, por lo que se excluye la laboralidad en dicha relación nuevamente.

⁵⁴ SJSO 39/2018, 3 de septiembre de 2018, y SJSO 17/2019 de 11 de enero de 2019

⁵⁵ SJSO 39/2018, de 3 de septiembre de 2018, en su fundamento de derecho SEXTO se recoge la independencia que el propio trabajador ostentaba en cuanto a la toma de ciertas decisiones como los pedidos que aceptaba y el horario que iba a llevar.

⁵⁶ SJSO 39/2018, 3 de septiembre de 2018.

En la sentencia de 2019 se encuentran nuevos argumentos que apoyan el mismo pensamiento sustentando en la sentencia anterior, por ejemplo, se hace referencia a que la falta de penalización por los días de descanso o enfermedad y el respeto del derecho a 18 días anuales de descanso, pactados en el contrato de TRADE, constituyen, indicios objetivos acerca de la naturaleza del trabajador como autónomo económicamente independiente. La libertad en el desarrollo de la prestación es el argumento utilizado en la dicha resolución para negar la laboralidad del vínculo, de esta forma, en el fundamento de derecho octavo se recoge la no sujeción del trabajador a prestar los servicios que se le ofrecen a través de la aplicación informática, incidiendo en que la libertad que ostentan de aceptar o no el pedido y no se les penaliza si no se conectan a la plataforma informática”, factores todos ellos que sirven para calificar como TRADE al demandante.⁵⁷

2.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 805/2020

La controversia sobre la calificación jurídica de los repartidores de plataformas ha sido finalmente resuelta por la STS, Pleno (y sin votos particulares), 25 de septiembre 2020.

Esta sentencia es el eje del presente trabajo, ya que resuelve el conflicto en el que se encuentran actualmente los riders dada la voluntad de las plataformas digitales como “Glovo” que pretenden que los repartidores sean declarados como TRADES y el inicio de la nueva regulación legal que entró en vigor el 12 de mayo de 2021.

Para ello, las plataformas centran toda su argumentación en la falta de “dependencia” y de sujeción de los repartidores al ámbito rector, organizativo y de dirección del empresario. Como ya hemos analizado, la dependencia y ajenidad son las notas características del contrato laboral que más cambios han ostentado a lo largo de los años, siendo preciso adaptarlos a la sociedad de cada momento y a la situación que concurra. El Tribunal Supremo tras realizar un análisis exhaustivo de la controvertida prestación de servicios, concluye que existen los siguientes indicios de dependencia, en primer lugar, la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario, el desempeño personal del trabajo. Aunque no excluye el contrato de trabajo la existencia en determinados servicios de régimen excepcional de suplencias o sustituciones. También destaca la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad y la ausencia de organización empresarial propia del trabajado

⁵⁷ <https://forodelabos.blogspot.com/2019/02/inflando-el-glovo-son-los-repartidores.html>

En cuanto a la ajenidad, determina que los indicios comunes son los siguientes, en primer lugar, la entrega del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, la adopción por parte del empresario (y no del trabajador) de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios, selección de clientela o indicación de personas a atender, también destaca el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo⁵⁸.

La evolución del contexto productivo y económico ha dado lugar al debate acerca del trabajo asalariado o trabajo autónomo, ostentando la dependencia un papel relevante como nota diferenciadora de ambos conceptos, como ya hemos visto a lo largo del trabajo. El trabajo en las plataformas digitales se ha posicionado de nuevo en esos términos y las sentencias que apuestan por la laboralidad de los prestadores de servicios lo hacen a través de una redefinición de las formas de manifestación de los indicios clásicos de la dependencia. Sin embargo, junto con la dependencia, la estructura empresarial y los activos más importantes como la propia plataforma juegan un papel importante en la ajenidad de un control productivo al que debe someterse el trabajador⁵⁹.

En la presente sentencia se hace referencia a que la nueva realidad productiva en la que nos encontramos obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas de conformidad con el artículo 3.1 Cc y al ser compleja la valoración de la presencia de los elementos definitorios de la relación laboral en los supuestos que son dudosos, como el que nos ocupa, se utiliza la práctica indiciaria, consistente en identificar los indicios favorables y contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso concreto concurre o no la relación laboral.

En cuanto a los indicios favorables de una relación laboral, el Tribunal reconoce varios, como la geolocalización por GPS del repartidor mientras realizaba su actividad, las indicaciones que la empresa le imponía al rider para realizar el reparto, controlando además el cumplimiento de las mismas mediante una aplicación. Además, también se hizo uso de ciertos criterios jurisprudenciales, que permiten diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejantes, y estos fueron los siguientes: en primer lugar, que la realidad fáctica debe prevalecer sobre la calificación que las partes le otorgan al contrato, en segundo

⁵⁸ *Ibíd*em pág 31.

⁵⁹ OTERO GIL, L: “Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia” *Temas Laborales* núm 151/2020. pp. 33-47

lugar, que además de la presunción *iuris tantum* de laboralidad que el art.8 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el art.1.1ET delimita la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de la voluntariedad, la ajenidad dependencia y retribución. En tercer lugar, dado que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga no es nada nítida, la materia se rige por el casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso para determinar si concurren las notas de la relación laboral antes citadas.

Como índice de existencia de una relación laboral en relación con los requisitos que se exigen en el art.11.2 LETA para la calificación de un trabajador como TRADE, este Tribunal hace referencia a la escasa inversión que debe realizar el trabajador en relación con la empresa contratante, entendiendo así que no se trata de un arrendamiento de servicios, todo ello acompañado de los indicios comunes de la nota de ajenidad que recoge en el fundamento de Derecho undécimo como, por ejemplo, la adopción por parte de Glovo de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como la fijación de precios o selección de clientela.

Aunque es cierto que en el contrato suscrito por la plataforma digital y el repartidor constan varios elementos que a primera vista pueden ser contrarios a la existencia de una relación laboral, como por ejemplo, la capacidad para rechazar clientes o servicios, esta misma tiene doble fondo, dado que se ha comprobado que los repartidores con mayor puntuación ostentaban preferencias de acceso a los servicios, y, por otro lado, la teórica libertad de elección de la franja horaria también estaba condicionada, dado que el sistema de puntuación de los repartidores se nutre de tres factores, entre los cuales destaca la realización de los servicios en horas de mayor demanda (horas diamante), que generaba una competición entre los repartidores existiendo entonces una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos.

Por todo ello, el Tribunal Supremo considera que Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre los comercios y los repartidores, ya que no se limita a dar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a los consumidores con los repartidores, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo.

Esta plataforma digital es una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como también fija las condiciones esenciales para la prestación del mismo, ostentando además la

titularidad de los activos esenciales para la realización de la actividad, tal y como hemos expuesto con anterioridad, sirviéndose de unos repartidores que no gozan de una estructura empresarial propia y autónoma, estando sometidos a la dirección y organización de la plataforma, tal y como se reconoce del hecho de que Glovo establezca los aspectos más relevantes de la prestación, como el precio.

Además, en cuanto a dicha calificación de la relación jurídica como un contrato laboral en vez de como un TRADE, cabe destacar que esta no supone una restricción de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios garantizadas por los Tratados de la Unión, ni vulnera los derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la CDFUE.⁶⁰

Mediante dicha sentencia que pone fin a un problema social más que evidente, se pretende llegar a la debida protección de este nuevo modelo de empleo no convencional que emerge a través de las nuevas tecnologías, garantizando así al trabajador de las plataformas digitales un empleo decente y una protección social adecuada. Esto se debe a que no consiste únicamente en trazar la diferencia entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, sino de hacer que dicha frontera entre uno y otro régimen no sea tan traumática, tratando de evitar la huida de derechos sociales como ventaja competitiva de las nuevas formas de empleo.⁶¹

VI. LEY DE RIDERS

Fruto del acuerdo entre el Ministerio de Trabajo con los sindicatos, representados por CC.OO. y UGT y con la patronal, representada por la CEOE y Cepyme, para la aprobación de una comúnmente conocida como “Ley Riders” que sienta las bases de cómo debe ser la relación laboral entre las plataformas de envío de comida a domicilio como Glovo y los riders, apostando por la laboralidad de esta relación y prohibiendo que estos sean falsos TRADES.

Tras varios meses de negociaciones se alcanza un acuerdo que define la relación entre las partes interesadas como laboral y no como mercantil, lo que conlleva que las empresas deben dar de alta a sus repartidores como trabajadores por cuenta ajena.

⁶⁰ <https://ignasibeltran.com/2020/10/08/sts-25-9-20-los-repartidores-de-glovo-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-y-no-necesitan-una-regulacion-especial/>

⁶¹ FERNANDEZ PRIETO, M: “La prestación de servicios a través de plataformas digitales. el caso Deliveroo.” *Revista temas laborales* núm 1151/2020. pp. 202-203.

En este punto, los representantes de los trabajadores deberán ser informados de las normas que engloban los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que inciden en las condiciones laborales. También conviene destacar que se ha excluido de esta nueva ‘Ley Riders’ la inclusión de todos los trabajadores que se dedican al reparto de mercancías como intermediarios entre empresa y cliente como, por ejemplo, los repartidores de Amazon.

Esta Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, no ha sido del agrado de ninguna de las partes interesadas, dado que los *riders* consideran que de esta forma están abocados a mayor precariedad laboral y desempleo, tal y como han reconocido diversas asociaciones relativas a estos últimos como es la Asociación Autónoma de Riders (AAR), en un comunicado en el que reclaman ‘*negociar un ingreso mínimo por hora, mejoras en nuestros seguros privados, vacaciones y, sobre todo, un asiento en la mesa de negociación, con Gobierno y plataformas para que los repartidores hagamos oír nuestra voz [...]*’.

Frente a la obligación de dar de alta a los riders en la Seguridad Social, las plataformas digitales contratantes de estos trabajadores están estudiando diferentes posibilidades de actuación como, por ejemplo, operar con cooperativas de repartidores autónomos o ajustar su modelo para eliminar cualquier indicio de relación laboral y seguir funcionando como hasta ahora sin perder ingresos que anteriormente generaba de manera más cómoda.

Al hilo de lo expuesto, también cabe destacar que la CES, de la que UGT es miembro fundador, ha puesto a España y al acuerdo para la ‘Ley de Riders’ como ejemplo a seguir en toda la UE⁶². En este sentido, este organismo inició intercambios con el Parlamento Europeo, mientras que ITF ha puesto en marcha la acción #Rights4Riders, una unión de repartidores de Deliveroo de todo el mundo para reclamar sus derechos.

VII. CONCLUSIÓN DE LA LEY RIDERS.

Llegados a este punto, es preciso plantear la siguiente cuestión, **¿es la ‘Ley Riders’ la solución definitiva al problema planteado?**

⁶² <https://www.ugt.es/el-sindicalismo-europeo-valora-la-ley-de-riders-espanola>

Desde su entrada en vigor en agosto de 2021, la Ley Riders ha generado diferentes controversias, en primer lugar, en torno a si realmente se trata de una presunción de laboralidad *iuris tantum*, que permitirá a las partes implicadas en la relación discutir la existencia o no de los citados indicios de laboralidad, y no *iure et de iure*. En este punto, es preciso tener en cuenta que queda en manos de los tribunales la decisión final de determinar la laboralidad de los riders, dando así cabida al análisis de las circunstancias que engloben a cada trabajador concreto, atendiendo así a la forma de asunción de riesgos y de la contraprestación.

En este sentido, también es preciso destacar que, dada la notoriedad del asunto, se puede entender realizada una exclusión de otros trabajos por cuenta ajena desempeñados también a través de plataformas que pueden encontrarse en las mismas condiciones de precariedad y necesidad, la protección del legislador, habiendo paliado de tal forma únicamente una parte del problema.

Mejor valoración ha recibido la segunda parte de la norma en lo que se refiere a la regulación del derecho de información sobre los algoritmos, no obstante, es preciso destacar que la falta de precisión en aspectos como el contenido concreto del derecho de información o el momento en que debe facilitarse la misma, unidos a la fragilidad que hoy en día acompaña al modelo de representación colectiva en el ámbito de las plataformas⁶³, genera también cierta incertidumbre entre dicho gremio, y a su vez, diversas críticas doctrinales.

En conclusión, se puede afirmar que, si bien es cierto que la Ley Riders se entiende adecuada y precisa dada la necesidad inminente de adecuar el Derecho a la sociedad actual, no deja de entenderse como un “parche” que se ha aplicado de forma apresurada, intentando regular con rasgos generales una problemática que es cada día más habitual y genera notoria inseguridad laboral. Por ello, mientras que la tecnología permite la creación de nuevas formas de subordinación laboral, el Derecho del Trabajo no puede quedarse quieto analizando posibles manifestaciones de subordinación, por lo que, para poder solucionar esta problemática sería más fácil si la atención se centrara en analizar como se manifiestan las notas de laboralidad en la nueva forma de trabajar, abrir la mente a nuevas ideas y desmarcarnos de los índices clásicos para poder tratar las nuevas realidades emergentes. Dicha perspectiva se puede conseguir a través de la regulación de las situaciones que están en pleno auge, a través de una ampliación de “Ley de Riders”, mediante la cual se zanja de forma escueta una larga problemática

⁶³ PEREZ GUERRERO M. LUISA. La “ley riders”: ¿problema o solución?.

que continúa en nuestra sociedad, por lo que una ampliación de la misma permitiría incluir a los trabajadores de plataformas digitales cuya consideración no sea de repartidor, detallar de forma más explícita la presunción de laboralidad que tanta controversia ha generado, para que, de ser así necesaria la dilución en los tribunales, se puedan marcar límites y requisitos para la concreción de la misma, al igual que con el derecho de información, ya que no es adecuado a un Estado de Derecho que un derecho constitucionalmente recogido no ostente el respaldo legislativo que se merece.

Además, en este tipo de relaciones laborales es constante un alto componente de inseguridad, desequilibrio y dependencia económica, que exige que el Derecho del Trabajo deba prestar atención a la protección de este modelo de empleo no convencional que surge a través de las nuevas tecnologías, sea configurado como trabajo asalariado garantizando al trabajador de las plataformas un empleo decente y una protección social adecuada.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1 FUENTES NORMATIVAS:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.
- Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926 de Código del Trabajo.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

2. FUENTES JURISPRUDENCIALES

- STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15.
- Caso O'Connor vs Uber Technologies de 11 de marzo de 2015 del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California.

- STS 805/2020 de 25 de septiembre. Rec. 4746/2019.
- STS 2924/2020 de 25 de septiembre. Rec. 4746/2019.
- STS de 16 de noviembre de 2017. Recud.2806/2015
- STS de 20 de julio de 2010. Rec. 3344/2009.
- STS 10366/1986 de 26 de febrero.
- STSJ de Asturias 1607/2019 de 25 de julio. Rec.1818/2019.
- STSJ de Madrid, 715/2019, de 19 de septiembre. Rec.195/2019.
- STSJ de Asturias 1607/2019 de 25 de julio de 2019. Rec.1143/2019.
- SJSO 17/2019 de 11 de enero de 2019. Rec.418/2018.
- SJSO de Madrid 3042/2018 de 3 de septiembre. Rec.1353/2017.
- SJSO 39/2018, 3 de septiembre de 2018. Rec.1353/2017.
- STS de 24 de enero de 2018. Rec.3595/2015.

3 FUENTES DOCTRINALES:

ALARCÓN CARACUEL, M.R. “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 28/1986.

CABEZA PEREIRO, J. “Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía”. *Revista de derecho social*, 86/2019.

CALVO GALLEGO, F. “Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación”. *Temas laborales* núm. 81/2005.

FERNÁNDEZ PRIETO, M: “La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo” *Temas Laborales*, núm.1451/2020.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B. “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales” *TEMAS LABORALES* núm 151/2020.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas” *Temas Laborales* núm.138/2017.

GIL OTERO, L: “Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia”. *Temas laborales* núm 151/2020.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B: “La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo”. *Cuadernos de relaciones Laborales*, Vol 25, núm, 2, 2007.

<https://ignasibeltran.com/2020/10/08/sts-25-9-20-los-repartidores-de-glovo-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-y-no-necesitan-una-regulacion-especial/>.

<https://forodelabos.blogspot.com/search?q=riders>

MARTÍN VALVERDE, A., “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMTAS*, 38/2002.

MARTÍNEZ MORENO, C, ÁLVAREZ ALONSO, D “Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”. *Revista Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. ISSN 2386-8090, N°. 72, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L, LÓPEZ INSUA, B. “Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los tribunales superiores de justicia.”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. núm 4, 2020.

PÉREZ AMOROS, F. “El trabajador como sujeto del derecho del trabajo español”. *Revista de Política Social*. núm. 133. Enero-marzo 1982.

PÉREZ CAMPOS, A.I: “Reflexiones sobre la revisión conceptual del Derecho del Trabajo”, pp. 156-157. *Anuario jurídico y económico escurialense*, ISSN 1133-3677, N°. 36, 2003.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. “La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”. *Revista temas laborales*. Núm 146/2019.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “Las fronteras del contrato de trabajo y sistema de indicios de laboralidad”. : *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, N°.143.

TODOLÍ SIGNES, A: “Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales A propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid” *Revista Trabajo y Derecho*, n°58, octubre de 2019.

VALLESPÍN PÉREZ, D. El régimen profesional de los trabajadores autónomos y sus especialidades, Bosch, (Wolters Kluwer), Barcelona, 2018.

PREMIO DE DERECHO PÚBLICO
“GASCÓN Y MARÍN”

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA A LA LUZ DEL PROYECTO DE LEY ESTATAL SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTÁNDAR MÍNIMO NACIONAL

Doña Lucía Cofrades Aquilué

I. PLANTEAMIENTO

El acceso universal a una vivienda digna y su disfrute estable, asequible y sostenible constituye un compromiso asumido internacionalmente en el ODS 11.1 como un pilar fundamental de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. Por su propia naturaleza, el derecho a disfrutar de una vivienda guarda íntima conexión con lo que podríamos denominar la justicia social, dado que constituye un presupuesto para la efectividad de los derechos sociales y un elemento fundamental para favorecer la dignidad humana¹; un derecho que, dada su estrecha conexión con la esfera individual y familiar de la persona, es de vital importancia².

En el presente trabajo se pretende indagar y reflexionar sobre las perspectivas de futuro en torno a la transformación del concepto del derecho a la vivienda a propósito del Proyecto de Ley Estatal por el Derecho a la Vivienda³ que, de salir adelante, sería la primera ley de ámbito estatal reguladora del derecho a la vivienda desde la aprobación de la Constitución de 1978.

El anuncio de una eventual Ley Estatal por el Derecho a la Vivienda ha suscitado no pocas objeciones y controversia, por lo que no es desdeñable pensar

¹ Véase SOTOMAYOR MORALES, E. (2016). «La legislación española y andaluza en torno a la vivienda protegida», en VÁZQUEZ AGUADA y RELINQUE MEDINA (coordinadores), *Vivienda e intervención social*, Dykinson, Madrid, p.41.

² Véase STC 93/2014, de 14 de mayo (FJ 9). La conexión de este derecho con los derechos fundamentales puede constituir una vía adecuada para avanzar, pues el Tribunal Constitucional ha admitido recursos de amparo frente a ciertos derechos sociales amparándose en su vinculación con derechos fundamentales; una vía que, como indica MOREU CARBONELL «supone la progresiva superación de la doctrina clásica, más rígida, y en cierto modo, una modalidad de activismo judicial que asume la necesidad de hacer efectivos ciertos derechos de contenido social como la vivienda o el medio ambiente». Véase MOREU CARBONELL, E. (2017). «El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda», *Revista Andaluza de Administración Pública*, N.º 98, p.29.

³ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 febrero 2022.

que si llega a convertirse en norma jurídica operativa sea objeto de un inicial recurso de inconstitucionalidad y en su caso, de futuros recursos de amparo. En concreto, se ha suscitado un debate en torno al alcance de los títulos competenciales transversales del Estado central para incidir sobre una competencia típicamente autonómica⁴. Lo cierto es que, aun gozando el Estado de una amplitud de títulos competenciales para incidir sobre la materia, el CGPJ ha cuestionado su encaje con el orden competencial establecido en la Constitución en la medida que « limita y dificulta que, como dijo la STC 152/1988 al referirse al artículo 148.1.3º CE, que atribuye la competencia en materia de vivienda a las Comunidades Autónomas, estas puedan “desarrollar una política propia en dicha materia incluyendo el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta aquella política” y por más que esa competencia no sea absoluta y el Estado se encuentre facultado a desarrollar actuaciones en ella (STC 36/2012)»⁵.

Es por ello que en el presente trabajo se analiza la viabilidad jurídica de establecer un estándar mínimo nacional en el acceso y disfrute a la vivienda para garantizar la igualdad básica de los españoles. Es decir, se trata de hacer un repaso a la evolución de la comprensión del derecho a la vivienda y de examinar el alcance y límites de un nuevo enfoque para la intervención pública en la materia.

Por lo que se refiere a la estructura seguida, en un primer momento se realiza una aproximación introductoria a la intervención pública en el mercado inmobiliario (II). A continuación, se analiza el reconocimiento y efectividad del derecho a la vivienda desde la óptica de su reconocimiento en la esfera internacional (III). Posteriormente, se estudia la evolución del derecho a la vivienda en España hasta el momento presente, al tiempo que se indaga en el significado y alcance de este derecho, cuyos contornos distan de estar hoy por hoy claramente perfilados (IV). Seguidamente se analiza la hipótesis de articular un estándar mínimo nacional para garantizar la igualdad básica de los españoles en el acceso y disfrute a una

⁴ Como es conocido, en base a la previsión del art. 148.3 CE la totalidad de Comunidades Autónomas asumieron a través de sus Estatutos competencias exclusivas en materia de vivienda. Ahora bien, como ocurre con la generalidad de títulos competenciales, en modo alguno es posible entender que dicho título competencial blinda la competencia frente a las eventuales “injerencias” del Estado central, puesto que éste está facultado para incidir en dicha materia haciendo uso de sus competencias trasversales. La verdadera dificultad radica en la determinación del alcance y límites admisibles de las competencias de carácter transversal para condicionar una política típicamente autonómica.

⁵ Véase el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda (Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 27 de enero de 2022).

vivienda digna (V). Finalmente, el trabajo se concluye con una valoración global sobre el conjunto del mismo (VI).

II. UNA APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA A LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DE LA VIVIENDA

La afirmación de un derecho a la vivienda se ha producido en relación a la acción protectora del Estado y ha venido unida a un cambio en la posición de éste, como consecuencia natural del tránsito del Estado liberal, cuya función se restringía teóricamente al mantenimiento del orden social y al establecimiento de un marco jurídico para las relaciones jurídicas interprivatos⁶, al Estado social, en el que el poder público, alejado de los planteamientos basados en el concepto tradicional de beneficencia, impulsa políticas de marcado carácter social y asistencial, con vistas a garantizar la igualdad material.

En el S.XIX, Lorenz Von Stein, considerado el precursor de la idea del Estado social, defendió que el Estado debía intervenir para corregir algunas de las perniciosas consecuencias sociales derivadas del liberalismo económico a fin de evitar una revuelta social y garantizar la seguridad de los propietarios⁷.

En el Estado liberal el papel del Estado era subsidiario, imperaba la idea de Estado mínimo, lo que básicamente se traduce en que el Estado se limitaba a asegurar igualdad formal y sobre todo a preservar el orden público. No obstante, como meritoriamente ha expuesto MEDINA ALCOZ el liberalismo español jamás respondió fielmente a los presupuestos típicos del liberalismo racionalista, ni encontró impedimentos para justificar el intervencionismo estatal⁸. Lo cierto es que tempranamente hubo acciones tendentes a proteger a los arrendatarios. Las políticas de fijación de precios de arrendamientos distan de ser un instrumento novedoso, pues se han previsto en la legislación española desde la segunda mitad

⁶ Durante siglos la mayoría de viviendas carecían de las mínimas condiciones higiénicas. Así, la situación de aquella época ha ido descrita como de miseria generalizada, pues el grueso población que se veía obligada a vivir hacinada en los suburbios, en unas condiciones claramente degradantes. Sobre esto véase DESDENTADO DAROCA, E. (1999). *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.41 a 43.

⁷ Sobre esto véase DESDENTADO DAROCA, E. (1999). *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, p.45.

⁸ Véase MEDINA ALCOZ, L (2022). *Historia del derecho administrativo español*, Marcial Pons, pp.129 y ss.

del S.XIX, concretamente durante el Reinado de Isabel II, cuando a través de la Real Orden de 9 septiembre de 1853, en la que el entonces Ministro de Gobernación, se dirige a los gobernadores civiles de Madrid y Barcelona mandando construir «casas para pobres» y que la tasación de los alquileres hasta un máximo de 120 reales mensuales, al tiempo que ponía de manifiesto el problema generado por la liberalización de rentas y contratos promulgada en 1842⁹; por tanto, antes incluso de la primera publicación del afamado informe de Engels sobre «la situación de la clase obrera en Inglaterra» (1845).

Con el tránsito al Estado social, los derechos característicos del Estado liberal se ven progresivamente completados por otros derechos para cuya efectiva realización es precisa la acción del poder público¹⁰. Así, se va forjando poco a poco un cambio en los perfiles del derecho público, frente a la idea de garantizar la seguridad frente al abuso del poder, se aspira a garantizar además la seguridad frente a la miseria; misión que se entiende que corresponde al mismo Estado¹¹. En definitiva, por contraposición al Estado liberal, en el que se aspiraba a un ideal abstracto se pretende que el mismo ideal de igualdad no profundice en las desigualdades, a través de la idea que no se puede pretender hacer iguales a quienes de facto no lo son, porque la igualdad no se identifica con la uniformidad.

El derecho a la vivienda, junto a otros derechos de contenido social, fue aflorando a lo largo del S.XX en el constitucionalismo comparado y documentos internacionales; aunque durante este periodo las políticas de vivienda en España fueron notablemente intervencionistas, pero apenas sociales¹². En el S.XXI nos hemos situado en un contexto en el que, con razón GARCÉS SANAGUSTÍN ha apreciado que, como norma general, al poder público los ciudadanos no le reclaman más libertades sino más prohibiciones, y de algún modo se tiende a

⁹ Sobre esto véase ARIAS GONZÁLEZ, L. (2008). «Las “Casas Baratas” (1911-1937), primer gran ensayo de la vivienda social en España», 100 años de historia de la intervención pública en la vivienda y la ciudad, Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), pp.25-41.

¹⁰ Véase MARTÍN REBOLLO, L. (1983). «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *Revista de Administración Pública*, N°100-102, p.2502.

¹¹ Véase LATORRE SEGURA, A. (2012). *Introducción al Derecho*, Ariel, p.49.

Siguiendo a GARCÉS SANAGUSTÍN cabe decir que se ha producido una mutación teleológica del derecho Administrativo, del derecho-función al derecho-poder. Véase GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2017). «Uso y abuso del derecho subjetivo por el legislador *carpe diem*» en MÍGUEZ MACHO y ALMEIDA CERREDA (coordinadores), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado Autonomico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, p.469.

¹² BERMEJO LATRE, J.L. (2010) «La evolución de las políticas de vivienda», en LÓPEZ RAMÓN (coordinador), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, p.166.

renunciar al derecho a elegir por el derecho a recibir¹³. En todo caso, la concepción sobre el grado de intervención pública deseable no se ha mantenido completamente estable a lo largo de las últimas décadas, llegando a hablar tanto de una «crisis del Estado social»¹⁴ como de una «crisis del derecho de propiedad»¹⁵.

Lo cierto es que la regulación no ha seguido una senda estable, sobre todo por lo que respecta al mercado del arrendamiento de vivienda. En los últimos años hemos pasado de políticas con una cierta tendencia liberalizadora, como la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, al Real Decreto Ley 7/2017, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que se orientó a la protección de la parte arrendataria y lo hizo además con una intensidad ostensiblemente mayor a las existentes con carácter previo a la reforma del año 2013. Estas medidas de signo intervencionista se han visto considerablemente intensificadas a raíz de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 y que todavía persisten en el momento presente, como consecuencia de la delicada situación económica que atraviesa el país, y que propiciado un grado de intervencionismo notablemente superior al esperado. El Gobierno de España adoptó un paquete de medidas al que designó «escudo social» consistente en la suspensión de los desahucios y lanzamientos de vivienda habitual para personas y familias vulnerables o en la limitación de la

¹³ El autor relaciona estas afirmaciones con la reclamación del derecho a una vivienda cuando apunta lo siguiente: «Hubo un tiempo en el que los derechos se conquistaban frente al poder, hoy se reclaman al poder, ese gran inductor de medios e insatisfacciones. Nunca como hoy la gente ha dispuesto de tantos bienes y derechos y nunca ha sido tan dependiente de los poderes públicos y de los facticos (...) por ello, muchos ciudadanos no le reclaman más libertades sino más prohibiciones y renuncian a su derecho a elegir por el derecho a recibir (...)». Véase GARCÉS SANAGUSTÍN, A (2009). *El código del buen corrupto (y otros desvaríos de la España plural, de género y medioambientalmente sostenible)*, Diputación de Zaragoza, p.38.

¹⁴ Al respecto, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO apreció que, por encima del resto de posibles causas de la crisis del Estado social, despunta «un dato incuestionable: el grado de publicación alcanzado constituía un obstáculo evidente para un mayor desarrollo y crecimiento». Sobre esto véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000). «La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho», en *Fragmentos de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 205-206. Asimismo, véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2015). *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, INAP, en especial pp.111 y ss., en las que el autor explica la crisis del Estado de bienestar.

¹⁵ Véase el Informe *La propiedad privada en España*, Instituto de Estudios Económicos, 2021. En especial el capítulo «La crisis del derecho de propiedad» (pp.54 y ss.). En resumidas cuentas, se critica que no se pueden hacer políticas públicas exclusivamente a costa de la propiedad privada y lo ha hecho específicamente con conexión con la vivienda. En algunos aspectos el derecho de propiedad encuentra en una situación de claro deterioro, esencialmente en relación con los desahucios y la manifiesta permisibilidad con la ocupación ilegal de inmuebles en España.

actualización anual de la renta de la generalidad de los contratos de arrendamiento de vivienda en un contexto en el que el IPC ha alcanzó en febrero de 2022 el 7,6 %, lo que constituye el valor máximo de los últimos 35 años¹⁶. Es de suponer que las cifras de desahucios serían infinitamente peores sin estas medidas tan incisivas, pues los datos proporcionados por el Consejo General del Poder Judicial en junio de 2022 no son nada halagüeños: pese a la moratoria del «escudo social» más de 11.000 familias fueron desahuciadas en el primer trimestre de 2022. De ellos, tres de cada cuatro desalojos traen causa de la imposibilidad de hacer frente al pago de las rentas arrendaticias.

En el momento presente, es evidente que la realidad y el horizonte inmediato de las políticas de vivienda van a estar marcadas por un contexto caracterizado por una situación económica compleja, que ha afectado señaladamente a los colectivos más vulnerables y a una parte importante del tejido productivo¹⁷ debido en buena medida a la inflación y a la subida de los tipos de interés. Este contexto parece apuntar a que se seguirán adoptando medidas que en un contexto normal serían inconcebibles. En todo caso, a pesar de que sin duda es necesario intervenir para paliar los efectos más perniciosos de esta problemática. Es preciso no ignorar los riesgos que pueden producir las soluciones cortoplacistas y de carácter efectista y tratar, en la medida de la posible, de articular políticas esta-

¹⁶ Sobre esto véase el art.46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

ARRUÑADA ha expresado fundadamente su temor en que estas medidas que nacieron como coyunturales se conviertan en permanentes, en especial ante una profunda recesión a la que nos veríamos abocados si el BCE dejara de comprar deuda española. El autor explica como en la experiencia española medidas que nacieron con carácter temporal se prorrogaron sucesivamente hasta alcanzar una duración de 65 años. Este fue el caso del Decreto de 1920 que otorgó por vez primera al arrendatario la facultad de prorrogar el contrato sin ver incrementada la renta arrendaticia. Sobre esto véase, ARRUÑADA, B. (2022). *Comentario a las nuevas regulaciones del alquiler*, FEDEA.

Ciertamente, este tipo medidas recuerda en cierto modo a las leyes aprobadas durante la vigencia del régimen franquista en materia de arrendamientos urbanos (1946, 1955 y 1964). En ellas se contemplaba la congelación de las rentas. BELTRÁN ABADÍA, R. (2002). «De aquellos barros estos lodos. La política de vivienda en la España franquista y postfranquista», *Acciones e investigaciones sociales*, N°16, pp. 30 y 31 , explica que la prórroga forzosa y la congelación de rentas, con la finalidad proteger a parte arrendataria, contrato indefinido, renovado automáticamente cada año de modo obligatorio para el arrendador, solo actualizables desde 1964 conforme al aumento del IPC «provocó en muchos casos grandes desfases entre las rentas y la realidad del mercado, retrayendo la oferta de alquileres».

¹⁷ Según datos facilitados por el CGPJ los concursos se mantienen al alza por séptimo trimestre consecutivo y aumentan un 7,9 % respecto a los presentados entre enero y marzo de 2021 .

bles y con visión de largo plazo capaces de conciliar ciertos valores esenciales del Estado liberal con la garantía a todos los ciudadanos de unas condiciones de bienestar elementales. En definitiva, de compatibilizar la libertad individual y el mercado con el progreso social en beneficio de la libertad real de las personas.

En realidad, el enemigo a combatir no es, como suele apuntarse en ciertos discursos sobre derechos sociales, el sistema de libre mercado¹⁸, sino la pobreza y la exclusión social. Ello no impide reconocer que el Estado social se erige como remedio frente a los fallos de mercado y, por tanto, resulte exigible que éste no se limite a adoptar la posición de un simple espectador, sino que vele por garantizar una cobertura suficiente y adecuada de servicios y prestaciones básicas a fin de salvaguardar la dignidad inherente a toda persona¹⁹.

En todo caso, como apunta un reciente informe del Justicia de Aragón al hilo de los arrendamientos sociales, no es conveniente limitarnos a remediar efectos asilados sino incidir sobre «las causas últimas que provocan la extraordinaria demanda existente de vivienda de alquiler social para lo cual habrá que implementar políticas que actúen sobre el desempleo, la temporalidad y la precarización del mercado laboral en nuestro país, ya que los trabajos dignos a tiempo completo y con salarios suficientes, son imprescindibles para poder acceder a una vivienda aunque sea de alquiler asequible». Es decir, se trata de evitar que se «cronifique» la situación de las personas que atraviesan dificultades en un momento dado, de adoptar estrategias que posibiliten la transición al mercado libre de vivienda²⁰.

¹⁸ A este respecto, no resulta ocioso insistir en que el Título VII CE, se caracteriza precisamente por su carácter estrictamente procedimental y carente de contenidos sustantivos resguardados. Las normas constitucionales de carácter económico se configuran en su mayoría como cláusulas abiertas, que han de ser completadas el legislador ordinario y las actuaciones gubernativas.

¹⁹ En este sentido, Ernst Forsthoff, ideólogo del concepto de procura existencial, sostuvo que las garantías del Estado liberal eran insuficientes para garantizar al individuo la protección y seguridad. Para un desarrollo sobre el concepto de procura existencial y la teoría forsthoffiana, sobre ello véase el trabajo de MAGALDI, N.(2020). «El concepto de procura existencial (daseinsvorsorge) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, volumen 1, pp.147-174.

Como apunta MARTÍN REBOLLO, la misión específica del Estado social supone «la asunción por el Estado de medidas de fomento y procura existencial con el fin de evitar las disfunciones sociales inherentes al sistema económico y las contradicciones de clase». Véase MARTÍN REBOLLO, L (1983). «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *Revista de Administración Pública*, N°100-102, p.2501.

²⁰ Véase el *Informe Especial sobre Vivienda Social en Aragón*, El Justicia de Aragón, 2021, accesible en el sitio web de la institución.

De hecho, sería lo ideal para la generalidad de la acción pública sobre sectores consistentes en prestaciones²¹.

En definitiva, en estas breves líneas introductorias se ha querido poner de manifiesto que nos hallamos inmersos en un contexto de transformaciones, lo que incluye una cierta redefinición de los límites entre las esferas pública y privada en la materia, pues la perseverante búsqueda de la justicia social ha estimulado a todos los Gobiernos a incidir sobre la esfera privada de los ciudadanos a fin de garantizar el logro de ciertos resultados favorables a determinados colectivos. A este respecto, HAYEK advirtió que en Alemania se aceptó «el supuesto según el cual el logro de esos fines sociales implicaba la progresiva sustitución del Derecho privado por el público»²². En este sentido, y en relación con algunas de las medidas planteadas para tender a hacer efectivo el derecho a una vivienda proclamado en el art.47 CE, algunos estudiosos y señaladamente NASARRE AZNAR han llegado a hablar sobre una pretendida transformación de la propiedad inmobiliaria (art.348 CC) en una suerte de «tenencia monitorizada por el Estado»²³. En una línea similar, el CGPJ ha sostenido que la clara vocación jurídico-pública del entonces Anteproyecto por el Derecho a la Vivienda le lleva a soslayar, cuando no a contradecir, la normativa civil²⁴.

A estas transformaciones es preciso contribuir desde el derecho público en un doble plano: ten el de la efectividad de los derechos sociales y garantizar el correcto funcionamiento del mercado inmobiliario, de manera que la mayoría de la población tenga acceso a una vivienda a través del mismo.

Un último apunte me parece pertinente hacer: dado que la intervención

²¹ Esencialmente para evitar una de las principales amenazas del intervencionismo. Y es que, como apunta RODRÍGUEZ-ARANA, por incomprensible que parezca, en general los planteamientos intervencionistas han tendido a tratar de mantener a la sociedad en su conjunto bajo el control público. El autor apunta que para ello no hay nada mejor que «contribuir a formar -deformar- hombres y mujeres conformistas, que todo lo esperan del Estado; hombres y mujeres que no saben lo que es el esfuerzo y que no quieren oír hablar de solidaridad o compromiso». El autor apunta que para ello no hay nada mejor que «contribuir a formar -deformar- hombres y mujeres conformistas, que todo lo esperan del Estado; hombres y mujeres que no saben lo que es el esfuerzo y que no quieren oír hablar de solidaridad o compromiso». Véase RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (2005). «Globalización y Derechos Humanos», Anuario da *Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N^o 9, p.812.

²² Véase HAYEK, F. (1985). *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, pp.274 y 275.

²³ Véase NASARRE AZNAR, S. (2022). «El Proyecto de Ley de vivienda 2022», Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19, FEDEA, p.7.

²⁴ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda, pp.5 y 6.

administrativa en las relaciones jurídico privadas se ampara en razones de interés público, resulta razonable que toda actuación que interfiera en las relaciones privadas sea necesaria, adecuada y proporcional. En definitiva, se trata de efectuar un juicio de proporcionalidad y razonabilidad como un instrumento de control de la interferencia del poder público en el mercado de la vivienda²⁵. Téngase en cuenta que, aunque el interés general constituye un concepto jurídico indeterminado, resulta posible su fiscalización para valorar la razonabilidad de la medida en relación con el fin propuesto (STC 68/1984).

III. RECONOCIMIENTO Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En la medida que nuestro sistema jurídico se rige por la interconexión de los diferentes ordenamientos, no sobra una breve referencia a la configuración, alcance y efectividad del derecho a la vivienda en contexto internacional²⁶.

1. El derecho a la vivienda en el ámbito de Naciones Unidas

En el ámbito de Naciones Unidas el derecho a la vivienda aparece contemplado en los arts.25.1 de la DUDH²⁷ y.11.1 del PIDESC²⁸. En el caso de la DUDH

²⁵ Véase ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009). «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *In Dret: Revista para el análisis del derecho*, nº2, p.16.

²⁶ Sobre ello véase el libro de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., (2004). *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid. En relación con el ámbito específico del derecho a la vivienda, véase el libro de BALAGUER PÉREZ, A. (2018). *El Derecho a la Vivienda en el Derecho Constitucional Europeo*, Aranzadi, Pamplona, que aborda la configuración del derecho a la vivienda desde la perspectiva de la interacción entre los distintos niveles de protección.

²⁷ Art.25.1 DUDH: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

²⁸ Art.11.1 PIDESC: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento». La Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU precisa a los Estados que el citado derecho incluye la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, la asequibilidad de la vivienda

el derecho a la vivienda se configura como un bien primordial, ineludible para garantizar a toda persona un nivel de vida apropiado y acorde con las exigencias derivadas de la dignidad humana. Su reconocimiento se incluye en una lista que acumula, de manera contigua y algo lacónica, un conjunto de derechos humanos proyectados sobre el ámbito de los derechos sociales. En todo caso, conviene recalcar que el PIDESC posee mayor efectividad que la DUDH, en tanto que prevé que los Estados adopten medidas a fin de asegurar su efectividad²⁹, dado que viene a instaurar un sistema de Informes y Comunicaciones de los afectados, esto es, se garantiza a través del Protocolo Facultativo³⁰. No obstante, tanto el PIDESC, como los informes generales y dictámenes elaborados por el Comité del DESC, son meramente informadores de la actividad legislativa y judicial, por lo que se ha afirmado que, en cierta medida, carecen de carácter vinculante³¹. En definitiva, aunque en el ámbito de la ONU se reconoce el derecho a la vivienda, su efectiva protección es relativa, pues si bien el Comité puede declarar la vulneración del derecho y requerir su reparación, tanto el PIDESC, como los informes generales y dictámenes del Comité del DESC carecen de carácter vinculante³². En cualquier caso, conviene subrayar que el carácter no vinculante no es equiparable a la ausencia de compromiso para tender a hacer efectivos los derechos comprendidos en el PIDESC³³

y costes relacionados con la misma, la habitabilidad, la accesibilidad y la adecuación cultural.

²⁹ Las obligaciones de los Estados Parte se recogen en el art.2 del PIDESC y se desarrollan en la Observación General N^o3 del Comité PIDESC, de 1990, sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte.

³⁰ De hecho, resulta llamativo que la inmensa mayoría de las Comunicaciones de afectados recibidas atañen a la problemática de la vivienda en España en relación con los procedimientos de desahucio. Para un análisis detallado sobre dicho sistema de protección véase el estudio de SALAMERO TEIXIDÓ, L (2012). *La protección de los Derechos Sociales en el ámbito de Naciones Unidas, el nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Civitas, Madrid. Como explica la autora, el Protocolo Facultativo proporciona «un cauce cuasi judicial, de naturaleza contradictoria —aunque lejos de incorporar todas las garantías del proceso judicial— otorgándose al Comité competencias muy cercanas a las que un órgano judicial, especialmente en tanto que puede declarar la vulneración del derecho e instar su reparación», sobre ello véase la p.136.

³¹ En esta línea véase PÉREZ DAUDI, V. (2021). *Tutela efectiva y derecho a la vivienda*, Atelier, Barcelona, p.41 y NASARRE AZNAR, S (2017). «Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea», *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 35, N.º 1, p.48.

³² En este sentido, respecto a estos instrumentos el Tribunal Constitucional ha apuntado que «es claro que tales preceptos no reconocen un derecho subjetivo exigible, sino que configuran un mandato para los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover políticas públicas encaminadas a facilitar el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna» (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6).

³³ En esta línea el art.2 PIDESC señala que «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se

Por otra parte, el acceso universal a una vivienda digna y su disfrute estable, asequible y sostenible es asumido internacionalmente en el ODS 11 como un pilar fundamental de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. Así, la meta 11.1 demanda el establecimiento de unos objetivos precisos para el año 2030 con el fin de garantizar el acceso a una vivienda y servicios básicos adecuados³⁴.

2. El derecho a la vivienda en el ámbito del Consejo de Europa

En el ámbito del Consejo de Europa el derecho a la vivienda no se encuentra explícitamente reconocido en la CEDH. Sin embargo, en no pocas ocasiones el TEDH ha hecho alusión de forma tangencial al derecho a la vivienda en conexión con los derechos de propiedad (art.1 del Protocolo Adicional al CEDH)³⁵ y sobre todo con el derecho a intimidad familiar (art.8 CEDH)³⁶, entendido como un derecho a disfrutar de un espacio vital adecuado en el que desarrollar la vida íntima y familiar. No resulta ocioso insistir en la idea de que la línea jurisprudencial del TEDH, lejos de configurarse como algo meramente ornamental, nos vincula; puesto que, como en su día puso de manifiesto Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO³⁷, el CEDH es en realidad el Convenio propiamente dicho y la interpretación de que el mismo va realizando el TEDH atendiendo al contexto socioeconómico de cada momento³⁸. Por su parte, la CSE contempla el derecho a la vivienda en

compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

³⁴ Como es conocido, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible contempla 17 ODS y 169 metas que, aunque no son jurídicamente vinculantes, los Estados asumen un compromiso de seguimiento y examen de los mismos.

³⁵ A pesar de que el CEDH de 1950 no contemplaba en el texto originario el reconocimiento del derecho a la propiedad, se incluye el artículo 1 del Protocolo Adicional del mismo. Dicho artículo reza que «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional (...)».

³⁶ Entre otras, véase la STEDH de 2 de octubre de 2001.

³⁷ Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2004): *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, p.74.

³⁸ En este sentido, no le falta razón a PEMÁN GAVÍN cuando refiriéndose a la jurisprudencia del TEDH apunta que se caracteriza por ser «una jurisprudencia muchas veces creativa y abierta a las nuevas problemáticas sociales que ha hecho del sistema de protección de derechos humanos instaurado por la Convención una realidad viva y dinámica que ha ido calando de manera progresiva entre los países miembros del Consejo de Europa». Véase PEMÁN GAVÍN, J.M^a. (2009). «El derecho a la salud como derecho social», *Revista de Administración Pública*, N°179, p.44.

su art.31³⁹, y lo hace requiriendo a los Estados la adopción de medidas a fin de que, gradualmente, se favorezca la asequibilidad de la vivienda y se ponga fin a la problemática del *sinhogarismo*.

En síntesis, podemos afirmar que, en el contexto del Consejo de Europa, aunque la CEDH protege indirectamente el derecho a la vivienda, el derecho a la vivienda carece de una posición normativa que posibilite una construcción jurisprudencial sistemática. Por su parte, la CSE es por sí misma un instrumento insuficiente, dada su exigua posibilidad de incidir con alcance general en la efectividad de este derecho⁴⁰, puesto que no se halla dentro de la órbita del TEDH.

3. El derecho a la vivienda en el ámbito de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, el art.34.3 de la CDFUE⁴¹ hace alusión a la vivienda. A pesar de que no podemos afirmar que del tenor literal del art.34.3 CDFUE se derive la existencia de un derecho a la vivienda, sino de «una ayuda

³⁹ Art.31 CSE: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:1. A favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente;2. A prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. A hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes».

⁴⁰ Véase BALAGUER PÉREZ, A. (2018) *El Derecho a la Vivienda en el Derecho Constitucional Europeo*, Aranzadi, Pamplonapp.246 y 247.

⁴¹ Al respecto, conviene apuntar que dicho instrumento goza, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, del mismo valor jurídico que los Tratados. El art.6.1 TUE señala que «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Siguiendo a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., cabe recordar que «los Tratados tienen un valor superior a cualquier norma de derecho interno, incluida la ley: superioridad que no deriva del principio de jerarquía sino del de competencia (...). Es la Constitución la única que naturalmente se exceptúa de la primacía de los Tratados sobre el derecho interno: hasta el extremo, que conforme al art.95 de la misma “la celebración de un Tratado internacional que constituya estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá previa revisión constitucional”», véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2007). *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, p.140. Recuérdese en este sentido que la aplicación del derecho europeo por los órganos de los Estados Miembros se rige, entre otros principios, por el de primacía frente al derecho nacional, lo que comporta que las normas europeas ocupan en el ordenamiento interno de los Estados un lugar prioritario en relación con otra norma nacional (STJCE de 15 de julio de 1964, *Flamino Costa c. ENEL*).
Art.34.3 CDFUE: «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

a la vivienda»⁴², lo cierto es que parece que no podemos negarlo dado su íntima conexión con el art.7 CDFUE⁴³. En este sentido, la célebre STJUE de 10 de septiembre de 2014 (Asunto C-34/13), aseveró con total contundencia que «en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13», y ello a pesar de que el art.7 del CDFUE no recoja formalmente el derecho a una vivienda en sentido amplio, sino el derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar, si bien es cierto que hace referencia expresamente al derecho «al respeto del domicilio». De modo que el derecho a disponer de un «hogar» es susceptible de configurarse como un presupuesto del derecho.

En cualquier caso, y con independencia de lo que se deriva del estricto tenor literal del art.34.1 CDFUE, no es menos cierto que, si se analiza desde una concepción finalista, es perfectamente posible vincular el derecho a la vivienda con otros derechos fundamentales. En esta línea, la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, solicita a la Comisión y a los Estados Miembros que «se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental»⁴⁴.

No obstante, un sector de la doctrina iusprivatista relativiza de alguna manera el reconocimiento otorgado a este derecho en la STJUE de 10 de septiembre, basándose en la existencia del Auto del TJUE de 16 julio de 2015 (asunto C-539/2014, apartado 49) que, parece enmarcarse en una línea jurisprudencial

⁴² En todo caso no cabe desconocer el potencial de la Carta Europea de Derechos fundamentales para la protección del derecho a la vivienda, sobre ello véase SIMÓN MORENO, H. (2019). «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N.º 771, pp.161-199.

⁴³ Art.7 CDFUE: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».

⁴⁴ El punto 1 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos señala que «Pide a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas y nacionales aplicables; pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna, incluidos el agua potable limpia y de calidad, un saneamiento e higiene adecuados y equitativos, la conexión a las redes de alcantarillado y traída de aguas, un entorno interior de alta calidad y una energía asequible, fiable y sostenible para todos, contribuyendo así a erradicar la pobreza en todas sus formas, protegiendo los derechos humanos de los hogares desfavorecidos y apoyando a los grupos más vulnerables, a fin de proteger su salud y bienestar».

aparentemente contraria y en un intento de purificar el efectivo alcance del derecho a la vivienda en la Unión Europea, por cuanto indicó que «esa disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda, sino el “derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda” en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 TFUE (...)»⁴⁵. Al respecto, debe tenerse presente que, aunque la configuración de este derecho sea en la CDFUE sea más bien débil, este derecho se construye sobre la base y en conexión con otros derechos, con mayor reconocimiento, que lo van dotando de contenido. De hecho, a pesar de lo dispuesto en este Auto, en el año 2018 la Abogada General mantuvo la conformación del derecho a la vivienda como un derecho fundamental en el ámbito europeo (asunto C-176/17).

Finalmente, es inevitable hacer alusión a la vivienda social como servicio de interés general en el ámbito de la Unión Europea. Como es conocido, la consideración de qué materias son susceptibles de afectar al interés general constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros⁴⁶. La vivienda social se enmarca en dichos servicios tal y como se desprende del apartado 22 de la Resolución de 13 de enero de 2004 del Parlamento Europeo relativa al Libro Verde⁴⁷. No obstante, la Unión Europea carece de competencias en materia de vivienda, de manera que son los Estados Miembros los que ostentan la competencia en la materia conforme a su modelo de reparto competencial y con una libertad relativamente amplia para configurar el grado de intervención pública en la materia. Ahora bien, la Unión Europea desempeña un importante

⁴⁵ Auto del que el Tribunal Constitucional se ha hecho eco en la STC 32/2019, de 28 de febrero (FJ 6) cuando recuerda que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha corroborado en su auto de 16 de julio de 2015, asunto C-539/14, § 49, que esta disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda, sino el “derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda”, en el marco de las políticas sociales basadas en el art. 153 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea». PÉREZ DAUDÍ apunta que es trascendental que el TJUE se ratifique en la existencia de un derecho fundamental a la vivienda en el ámbito de la Unión Europea, aunque, como apunta el citado autor, siendo conscientes del efecto restrictivo que pudiera derivarse de la eventual invocación por parte de los Estados Miembros en base a lo previsto en el art. 52.4 CDFUE, relativo a las tradiciones constitucionales de los Estados. Sobre esto véase PÉREZ DAUDI, V. (2021), *Tutela efectiva y derecho a la vivienda*, Atelier, Barcelona, p.23.

⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Libro Blanco sobre los servicios de interés general, Bruselas, 12 de mayo de 2004, p.6.

⁴⁷ Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general (COM (2003) 270 final. Apartado 22: «son servicios de interés general que forman parte de las funciones esenciales de las autoridades públicas, la educación, la salud pública, la vivienda pública y social y los servicios sociales de interés general que asumen funciones de seguridad social y de inserción social».

papel en el sentido que alienta, impulsa y estimula a los Estados Miembros a adoptar medidas tendentes a favorecer el acceso a una vivienda digna y asequible.

4. Valoración del derecho a la vivienda en el panorama internacional

En síntesis, tal y como se desprende del análisis realizado, cabe concluir que la efectividad del derecho a la vivienda desde la perspectiva de las garantías es de un alcance más bien limitado, especialmente si se compara con la efectividad de los civiles y políticos, sin que ello impida afirmar el potencial extraordinario de estos instrumentos para impulsar, por parte de las autoridades competentes en la materia, políticas activas encaminadas a desplegar una acción gubernativa más incisiva tendente a garantizar y hacer efectivo este derecho.

IV. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA HASTA EL MOMENTO PRESENTE

1. Incógnitas sobre el contenido del derecho a disfrutar y una vivienda digna y adecuada proclamado en la Constitución Española

La afirmación de un derecho subjetivo a la vivienda plantea no pocos problemas conceptuales habida cuenta de la amplitud e indeterminación en que se proclama su contenido en el art.47 CE⁴⁸. A ello ha de añadirse el escueto desarrollo del mismo en algunos Estatutos de Autonomía y, esencialmente, en la legislación ordinaria. En este sentido, se abren algunos interrogantes de no fácil respuesta: ¿qué se entiende por vivienda digna?, ¿envuelve el derecho a acceder a una vivienda en propiedad?, ¿incluye el derecho a permanecer en una determinada vivienda?, ¿es suficiente con promover las condiciones para garantizar el acceso a una vivienda «asequible» o ha de comprender el acceso mismo?, ¿otorga protección a todas las personas por igual?, ¿constituye una obligación de medios o de resultados y, en su caso, frente a qué Administración se puede invocar?, ¿tiene la Administración competente una obligación «de hacer» o es suficiente con que se establezca un marco regulador adecuado? Sirva el mero enunciado de

⁴⁸ Como apunta Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER «la vivienda se especifica con fórmula escueta, elegante y de amplios significados, habrá de ser “digna y adecuada”», Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2000) en el Prólogo a la obra de Miguel Beltrán de Felipe, *La intervención administrativa en la vivienda, aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Lex Nova, p.17.

estas cuestiones y la dificultad de responder cabalmente a las mismas para poner de manifiesto que estamos ante un asunto todavía abierto y en el que nos encontramos con no pocas incertidumbres sobre el preciso contenido de este derecho.

Como punto de partida, parece evidente que por razón de su objeto las políticas de vivienda tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades de alojamiento de la población⁴⁹, sin perjuicio de que en ciertos momentos pueda recurrirse a la misma como un instrumento de política económica encaminado a contrarrestar los efectos desfavorables en épocas recesivas. Ahora bien, no puede desconocerse que, aunque su destino es servir de hogar a las personas, la vivienda no deja de ser un bien de mercado; un bien de inversión susceptible de generar una lícita ganancia, bien distinta a la especulación, que en modo alguno queda amparada⁵⁰.

En relación con la calidad de la vivienda resulta ciertamente arduo encontrar una definición dotada validez general sobre lo que se entiende por vivienda digna y adecuada, puesto que los estándares de lo que se considera digno varían considerablemente en función del contexto histórico, social, cultural y grado de desarrollo económico de cada país⁵¹. A nadie se le escapa que la adecuación de la vivienda es un concepto muy amplio y que incluso dentro de una misma región variará en función de las características del potencial beneficiario. Resulta innegable que lo que es adecuado para uno no lo es para otro y ello sin perjuicio de la existencia de criterios objetivos para determinar si una vivienda cumple con los estándares básicos exigibles, tales como los criterios seguridad, salubridad y habitabilidad. En todo caso, parece incuestionable que, para una persona con movilidad reducida, las viviendas sin ascensor y con barreras arquitectónicas no serán susceptibles de considerarse en modo alguno apropiadas.

⁴⁹ La Real Academia Española señala que una vivienda es un «lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas». Por su parte, BASSOLS COMA apunta que el concepto vivienda alcanza aquel «objeto circunscrito a un bien inmueble o espacio construido destinado a morada humana, que comprende una construcción o una edificación, adherida al suelo, caracterizada por su destino primordial: servir de habitación para uso personal o de la unidad familiar (...)» Véase BASSOLS COMA, M. (1982). «Consideraciones sobre el derecho a la Vivienda en la Constitución Española de 1978», *Libro Homenaje al profesor García Trevijano Fos*, IEAL, Madrid, p.785.

⁵⁰ En esta línea la STC 37/2022, de 10 de marzo, señala que la vivienda además de constituir «soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad» también se configura como «un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado –el mercado inmobiliario–, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado».

⁵¹ Véase PISARELLO, G. (2003) *Vivienda para todos: un derecho en construcción*, Icaria, Barcelona, p.23.

Por lo que se refiere al destinatario de la acción pública en la materia, del tenor literal del art.47 CE se deriva que «todos los españoles»⁵² tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. No obstante, resulta evidente que no es posible predicar la existencia de un derecho universal a acceder a una vivienda de modo incondicionado. El Tribunal Constitucional considera que los destinatarios preferentes de las políticas de vivienda son aquellos que, por su especial vulnerabilidad, tengan especial dificultad acceder a una vivienda⁵³, lo que resulta completamente razonable y no desde luego exclusivo del derecho a la vivienda, sino que se proyecta sobre distintos ámbitos enmarcados en la asistencia social⁵⁴. A partir de aquí surgen considerables incógnitas en relación con el nivel de ingresos, patrimonio, condiciones familiares o el grado de integración en la sociedad o aplicación a las personas inmigrantes⁵⁵.

No obstante, no cabe desconocer que existe cierta tendencia por parte de los poderes públicos a dirigir las políticas sociales, incluidas las de carácter más asistencial, a la generalidad de la población, aun cuando en ocasiones no están cubiertas las necesidades más perentorias de algunos colectivos⁵⁶. En general los

⁵² Parece que en relación con la vivienda el constituyente quiso limitar la titularidad del derecho a los ciudadanos españoles, lo que contrasta con otros derechos del Capítulo III del Título I, como son el derecho a la protección de salud (art.41 CE) o al medioambiente (art.45 CE), en los que se hace referencia a una pluralidad indeterminada de beneficiarios. No obstante, téngase en cuenta que los extranjeros residentes tienen reconocidos derechos en materia de vivienda en los términos del art. 13 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁵³ La STC 154/2015, de 9 de julio, señala que «las políticas de vivienda tratan de facilitar el acceso a una vivienda digna a personas necesitadas, que es un objetivo constitucional primordial (arts. 9.2 y 47 CE) que guarda relación con la protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE) así como con la construcción como factor de desarrollo económico y generador de empleo (art. 40.1 CE)».

⁵⁴ La asistencia social opera sobre la base de la insuficiencia de recursos del asistido, de modo semejante a lo que ocurría con la beneficencia. No así con algunas prestaciones de la Seguridad Social que, como es bien conocido, se han venido otorgando con independencia de la concreta situación económica del beneficiario. Sobre esto véase PEMA GAVÍN, J.M^a (2003). «Sobre el concepto constitucional de Asistencia Social. Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial», *Revista de Administración Pública*, N^o161, p.245.

⁵⁵ En este sentido LÓPEZ RAMÓN, F (2008). Ordenación urbanística sustantiva», *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, DEL OLMO ALONSO (coordinador), Volumen 1: Urbanismo y vivienda. Reus, Madrid, p.399 y 400.

⁵⁶ Al respecto BERMEJO LATRE apunta a que a las políticas de vivienda esencialmente se han limitado al fomento público de la producción privada de vivienda de obra nueva y en propiedad para las clases medias. En una línea similar, MOREU CARBONELL señala que «las medidas normativas y la intervención administrativa ensayada hasta ahora suelen tener como destina-

avances, sobre todo en el plano social, no se han producido por inercia, sino por campañas de denuncia⁵⁷, si bien en los últimos tiempos estamos habituados a la constante reclamación de «nuevos derechos» impulsados por aquellos colectivos con mayor poder de influencia.

En relación con el sujeto obligado a tomar acción para hacer efectivo este derecho parece que son en todo caso los poderes públicos. El propio art.47 CE ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias. En esta línea, la STC 93/2015, de 14 de mayo, recuerda que «el cumplimiento efectivo del uso habitacional de la vivienda no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda». La cuestión está en determinar si estamos ante una obligación de medios o de resultados. A priori, el derecho a la vivienda en términos conceptuales es fácilmente concebible en términos de prestación, al menos ese parece que sería su contenido en su vertiente más radical. Desde este punto de vista, GARCÍA MACHO, quien entiende que los derechos sociales actúan como garantía de la autonomía del individuo, apunta que «el derecho a una vivienda en su perspectiva de prestación es un derecho “existencial”, puesto que supone un requisito necesario e imprescindible para el disfrute de diversos derechos de libertad, lo que pone de relieve nítidamente su carácter de derecho al servicio de la libertad»⁵⁸. A tal efecto, sostiene JARÍA I MANZANO que, si optamos por ésta última dimensión, parece claro que más allá de estar a la interacción de los preceptos constitucionales que configuran este derecho, debe tenerse presente la «interacción entre el derecho y la economía para valorar la virtualidad de determinadas medidas orientadas a su satisfacción,

rios a los ciudadanos de clase media, pero dejan de lado a quienes ni si quiera tiene un derecho donde vivir». Sobre esto véase BERMEJO LATRE, J.L (2010). «La evolución de las políticas de vivienda», en LÓPEZ RAMÓN (coordinador), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, p.166 y MOREU CARBONELL, E. (2020). «Función social de la propiedad y viviendas vacías: diez preguntas y respuestas para el debate» en PALEO MOSQUERA, *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.204.

⁵⁷ Así fue en el caso de la Ley sobre «Casas Baratas» de 1911, a raíz de la lamentable situación de la vivienda popular. ARIAS GONZÁLEZ, L. (2008). «Las “Casas Baratas” (1911-1937), primer gran ensayo de la vivienda social en España», *100 años de historia de la intervención pública en la vivienda y la ciudad*, Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), p.25.

⁵⁸ En este sentido GARCÍA MACHO, R. (2009). «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad», *Revista catalana de dret públic*, N^o. 38, pp. 67-96, haciendo referencia a la postura sostenida en la que fue su Tesis Doctoral, titulada «El derecho a una vivienda y su configuración en el contexto de los derechos fundamentales sociales y del estado de derecho» y defendida en 1981 en la Universidad de Salamanca, bajo la dirección de Enrique RIVERO YSERN.

en la medida que ésta sólo es posible a partir de una determinada disponibilidad de recursos materiales»⁵⁹. Si bien siguiendo a ALEXY podríamos llegar a entender que en la medida que este derecho se configura como una prestación su efectividad no puede depender de la mayoría parlamentaria del momento⁶⁰.

También es posible entender que estamos ante un derecho de medios, en el que corresponde a los poderes públicos promover medidas para que las personas puedan acceder a una vivienda, pero no de proporcionar residencia a todo aquel que carezca de la misma. La promoción y el establecimiento de medidas puede ser de muy diverso alcance, desde intervención en el mercado de la vivienda o el alquiler, pasando por medidas de fomento o construcción de viviendas de protección oficial.

En todo caso, parece evidente que lo que se reconoce es el derecho a disfrutar de una vivienda, no a una vivienda en propiedad. El derecho a disfrutar de una vivienda no implica desde luego el derecho a ser titular en régimen de propiedad absoluta de un inmueble, sino el de acceder a un inmueble cuya finalidad sea servir de vivienda, sea en régimen de usufructo, arrendamiento, cooperativa o de propiedad absoluta. En definitiva, el núcleo esencial del derecho consiste en poder residir en entorno adecuado, que permita el acceso a servicios básicos.

No existe precepto alguno que impida una intervención con alcance general sobre el mercado de la vivienda, aunque no parece razonable un mercado de la vivienda intervenido. En este sentido, resulta sugestiva la idea apuntada por LÓPEZ RAMÓN en relación con la existencia una vertiente de este derecho consistente en una especie de «derecho al mercado de la vivienda»⁶¹, entendido como la promoción del derecho de acceso incidiendo sobre el mercado libre de vivienda, orientándolo hacia fines sociales. Pese a que no existe un precepto constitucional que imponga la realización de este derecho a través del libre mercado, esta vía consistente en promover las condiciones para que el grueso de la población pueda ver satisfecho su derecho a una vivienda a través del mercado libre parece plenamente coherente desde la perspectiva de los principios rectores de la economía y otros derechos constitucionalmente protegidos, como es el caso de la libertad de empresa (art.38 CE).

⁵⁹ Véase JARIA I MANZANO, J. (2011). «El derecho a una vivienda digna en el contexto del Estado social» en NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO (coordinadores), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, p.74.

⁶⁰ Véase ALEXY, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 384, 443 y 454.

⁶¹ Véase LÓPEZ RAMÓN, F. (2010). «Sobre el derecho subjetivo a la vivienda» en LÓPEZ RAMÓN (coordinador), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, pp.22 y ss.

Mas allá del derecho de acceso a una vivienda, cabe preguntarse si también comprende la conservación del domicilio, y específicamente de una concreta vivienda. En este punto, queda claro que en España habría que excluir los supuestos de ocupación ilegal de viviendas puesto que como ha señalado el Tribunal Constitucional «la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda, ni tampoco encuentra amparo en el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (STC 32/2019, 28 de febrero). El derecho a la elección de residencia no es absoluto, pues no habilita para ocupar cualquier vivienda, sino que parece que más que a mantenerse en una determinada vivienda sin título a lo que se tendría derecho es a una alternativa habitacional adecuada.

En todo caso, es preciso apuntar que nada impide que coexistan ambas facetas, una de carácter más prestacional, para casos de extrema necesidad, y otra más orientada a la promoción, para impulsar desde la acción pública la asequibilidad de cierto tipo de inmuebles destinados a vivienda principal.

2. Evolución del derecho a la vivienda en España

2.1. El derecho a la vivienda en la Constitución Española: ¿principio programático o derecho subjetivo?

En España, el derecho a la vivienda recogido en el art. 47 CE, ubicado en el Capítulo III del Título I, referido a los principios rectores de la política social y económica, contempla el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, al tiempo que prevé que los poderes públicos promuevan las condiciones necesarias y establezcan las normas pertinentes para hacerlo efectivo.

Como es conocido, la formulación de este precepto constitucional ha dado lugar a discusiones más que razonables sobre la misma existencia de un derecho subjetivo a la vivienda ⁶². Pueden diferenciarse dos grandes posturas en torno a la existencia de un derecho constitucional a la vivienda: la que entiende que, por su ubicación sistemática, constituye un principio programático llamado a informar la actuación de los poderes públicos, y la que sostiene que el art.53.3 CE *in fine*

⁶² De ahí que GARCÍA CANTERO se haya referido al mismo como un derecho «controvertido» y «escondido» Véase GARCÍA CANTERO, G. (2014). «El (escondido) derecho a la vivienda y su posible actuación por los operadores jurídicos» en ALONSO PÉREZ (directora), *Vivienda y crisis económica, estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Aranzadi, Cizur Menor, p.31.

tan solo excluye el reconocimiento de los principios establecidos en el Capítulo III Título I, pero no a los derechos recogidos en él.

La primera de ellas sostiene que, por razón de su ubicación sistemática, el art.47 CE no contempla un auténtico derecho subjetivo, sino un principio programático o un mandato al legislador, de modo que, en tanto que los poderes públicos no están obligados a realizar las prestaciones derivadas del mismo⁶³, estaríamos ante una materia objeto de decisiones predominantemente políticas y, en la medida que la norma no impone una conducta concreta, sino que se limita a establecer un fin, corresponderá a los poderes públicos concretar las condiciones y grado de reconocimiento del mismo⁶⁴. En definitiva, sus defensores consideran que, en todo caso, los destinatarios del capítulo III del título I CE son los poderes públicos, y que tales preceptos no son propiamente derechos, sino directrices programáticas⁶⁵, pues el art.53.3 CE *in fine* señala claramente que no son derechos subjetivos⁶⁶; lo que, como es natural, no excluye el valor jurídico de los mismos.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA matizó que si bien todos los artículos del texto constitucional tienen carácter normativo no todos tienen el mismo alcance y significado⁶⁷. Esta es, asimismo, la postura sostenida hasta el momento

⁶³ En este sentido véase GUAITA MARTORELL, A. (1982). «Régimen de los derechos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, N°13, p.91 y BELADÍEZ ROJO, M. (2010). *Los principios jurídicos*, Civitas, Madrid, p.89

⁶⁴ Véase IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2000). *Administración Pública y vivienda*, Editorial Montecorvo, Madrid, p.57.

⁶⁵ En este sentido véase PECES-BARBA G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III, BOE, Madrid, pp.182-183.

⁶⁶ Véase IGLESIAS GONZÁLEZ, F.(2000). *Administración Pública y vivienda*, Editorial Montecorvo, Madrid.,p.49. En este mismo sentido, la STC 93/2015, de 14 de mayo, precisó que el derecho a la vivienda más que un derecho subjetivo es un mandato a los poderes públicos autonómicos.

⁶⁷ Sobre ello, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.(1988). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3 edición, Civitas, Madrid, pp. 68 y ss. y del mismo autor (1998) «El valor normativo de la Constitución Española», *Revista de Derecho Político*, N°44, pp.42 y ss. En este mismo sentido, María Luisa Balaguer en su voto particular a la STC 32/2019, de 28 de febrero, apuntó que «la naturaleza de principio rector no resta un ápice de carácter normativo al art. 47, como se deduce del art. 9.1 del propio texto constitucional. No estamos ante un deseo de buena voluntad constitucional, ni ante un mero ejercicio de retórica, sino ante una disposición normativa que no queda excluida como parámetro de constitucionalidad de las normas con rango de ley, y que permite comprender adecuadamente la calificación del Estado español como Estado social, orientado a la consecución del pleno disfrute de los derechos, también de los derechos sociales. No olvidemos que el preámbulo de la Constitución habla de la voluntad de la Nación española de promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida».

por el Tribunal Constitucional⁶⁸ y el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda⁶⁹.

Por su parte, existe otra postura que mantiene que el art.53.3 CE *in fine* tan solo excluye el reconocimiento de los principios establecidos en el Capítulo III Título I, pero no los derechos recogidos en él, como es el derecho a la vivienda (art.47 CE), pero también el derecho a la salud (art.43 CE) o el derecho al medioambiente (art.45 CE)⁷⁰.

Sea como fuere, parece claro que el art.47 CE constituye un precepto que encaja a la perfección en eso que, lúcidamente, NIETO GARCÍA denomina «normas incompletas» porque su razón de ser no es otra que la de plasmar el proyecto de futuro de una concreta sociedad, de modo que la Constitución actúa, en palabras de este autor, como una «norma de reenvíos»⁷¹.

Debe admitirse con naturalidad, que estamos ante un derecho de configuración legal, habida cuenta su formulación genérica e indeterminada. Ello exige admitir que los poderes públicos podrán desarrollar diversas políticas en la materia; esto es, con un grado de intervención pública y alcance muy heterogéneo en el marco de un Estado social⁷². En definitiva, aunque se admita que nos encon-

⁶⁸ En su STC 32/2019, de 28 de febrero (FJ 6), el TC ha negado el carácter de derecho subjetivo del derecho a una vivienda digna proclamado en el art.47 CE que entiende tan solo recoge « un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4)». No obstante, ello no le impide afirmar su valor normativo (SSTC 152/1988, de 20 de julio, y 7/2010, de 27 de abril).

⁶⁹ Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 27 de enero de 2022.

⁷⁰ Véase LÓPEZ RAMÓN, F. (2010). «Sobre el derecho subjetivo a la vivienda» en LÓPEZ RAMÓN (coordinador), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, p.13., MOREU CARBONELL, E. (2014). «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o circunstancias de emergencia social», en ALONSO PÉREZ (directora), *Vivienda y crisis económica, estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Aranzadi, Cizur Menor, p.372 y PONE SOLÉ, J. (2017). «La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional», en PONCE SOLÉ Y MOLTÓ DARNER (coordinadores), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad, nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Aranzadi, Cizur Menor, p.62.

⁷¹ Véase NIETO GARCÍA, A. (1983). «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revisita de Administración Pública*, N°100, p.399.

⁷² Tal y como apuntó el TS «el derecho en él definido constituye tan sólo un principio informativo de la legislación que, realmente, sólo puede invocarse ante los Tribunales a través de las leyes

tramos ante un derecho constitucional será, en todo caso, un derecho de configuración legal.

2.2. El derecho a la vivienda en los Estatutos de Autonomía, su reconocimiento por el legislador estatal y su posterior desarrollo por el legislador autonómico

El derecho a la vivienda cuenta con claros apoyos jurídicos a nivel autonómico, dado que los distintos parlamentos y gobiernos autonómicos han tratado de dotarlo de un concreto contenido susceptible de tutela judicial⁷³, en la medida que éstas asumieron, a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencia exclusiva en materia de vivienda, si bien es cierto que, al menos en apariencia, con distinto alcance, ya que Comunidades Autónomas como Cataluña⁷⁴, Valencia⁷⁵ o Baleares⁷⁶ han tratado de configurar en sus respectivos Estatutos de Autonomía el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo sin las limitaciones que observamos otros Estatutos de Autonomía⁷⁷ o en el mismo texto constitucional⁷⁸.

ordinarias que lo desarrollan», STS de 26 de mayo de 1987, Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social.

LÓPEZ RAMÓN indica que el derecho subjetivo vivienda constituye un derecho actuable sobre los tribunales, pero su efectividad depende de las políticas desarrolladas posteriormente. Véase LÓPEZ RAMÓN, F. (2010). « Sobre el derecho subjetivo a la vivienda» en LÓPEZ RAMÓN (coordinador), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, pp.12 y ss.

⁷³ Al respecto se ha señalado que existe un cierto paralelismo con lo ocurrido con el derecho al medioambiente. Sobre ello véase TEJEDOR BIELSA, J. (2012). *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, Madrid, p.41.

⁷⁴ Art.26 EAC: «Las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine».

⁷⁵ Art.16 EAV: «La Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente en favor de los jóvenes, personas sin medios, mujeres maltratadas, personas afectadas por discapacidad y aquellas otras en las que estén justificadas las ayudas».

⁷⁶ Art.22 EAIB: «Las Administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos de las Illes Balears. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente a favor de los jóvenes, de las personas sin medios, de las mujeres maltratadas, de las personas dependientes y de aquellas otras en cuyo caso estén justificadas las ayudas».

⁷⁷ Art.27 EAAr: «Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma promoverán, de forma efectiva, el ejercicio del derecho a una vivienda digna, facilitando el acceso a ésta en régimen de propiedad o alquiler, mediante la utilización racional del suelo y la promoción de vivienda pública y protegida, prestando especial atención a los jóvenes y colectivos más necesitados».

⁷⁸ Véase LÓPEZ RAMÓN, F. (2014). «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de*

No obstante, atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento de derechos estatutarios⁷⁹ habría que entender que simplemente se trata de mandatos programáticos, realizados a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, de modo que sólo mediante su desarrollo legislativo lograrán la condición de genuinos derechos subjetivos⁸⁰.

De modo que, si la intención del legislador es garantizar efectivamente el derecho a la vivienda o al menos tender a ello, como mínimo deberá realizar un esfuerzo por delimitar su alcance, identificando a sus destinatarios y frente a quién y en qué situaciones es posible exigir ese derecho subjetivo. En esta línea, estamos con TORNOS MAS cuando apunta que en tanto no se produzca el desarrollo legal de estas previsiones no existe título suficiente para exigir una prestación concreta⁸¹, puesto que para afirmar la existencia de un derecho subjetivo se precisa concurrencia de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediata (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13)⁸².

Derecho Constitucional, N.º 102, pp.62 y ss.

⁷⁹ En este sentido véanse las SSTC 247/2007 y 31/2010. La STC 247/2007, admitió la posibilidad de reconocer determinados derechos subjetivos reconocidos en los EEAA cuando afirma que «es claro que esta capacidad que la Constitución reconoce a los Estatutos de Autonomía para ordenar la organización y funcionamiento de sus Cámaras legislativas dentro del marco constitucional, tiene efectos en los ciudadanos, determinando con ello la posible existencia de verdaderos derechos subjetivos» (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15). Ahora bien, la STC 31/2010, de 28 de junio, precisa que «bajo la misma categoría “derecho” pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro nomen, para concluir si su inclusión en un Estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término “derecho” se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado» (STC 31/2010, FJ 16).

⁸⁰ Véase DÍEZ-PICAZO, L.M. (2006). «¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?» *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 78, pp.65 y ss. y SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. (2018): «El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social» en GONZÁLEZ RÍOS (directora) *Servicios de interés general y protección de los usuarios: (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*, Dykinson, Madrid, p.183.

⁸¹ Véase TORNOS MAS, J. (2017). «Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad», en PONCE SOLÉ y MOLTÓ DARNER (coordinadores), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, p.149.

⁸² Véase TORNOS MAS, J. (2014). «El acceso a la vivienda y la nueva función social de la propiedad», *Revista Vasca de Administración Pública*, N.º especial 99-100, p.2855.

Sin embargo, pudiera pensarse que, en el caso de Comunidades Autónomas como Cataluña, según se deriva de su Estatuto, al menos en principio, el derecho a la vivienda sería susceptible de tutela judicial vía art.38.2 EAC⁸³, aunque es en la Ley vasca 3/2015 de vivienda donde se ha configurado más claramente como un derecho subjetivo⁸⁴. Con todo, la jurisprudencia constitucional relativa al reconocimiento de los derechos estatutarios tampoco supondría un obstáculo para negar la existencia de un derecho a la vivienda, dado que las distintas Comunidades Autónomas han venido elaborando leyes autonómicas de vivienda. La Comunidad Autónoma de Cataluña fue pionera en el desarrollo legislativo autonómico en materia de vivienda mediante la aprobación de la Ley 24/1991, de 29 noviembre, de viviendas de Cataluña; ley que sirvió de referente para al resto de leyes autonómicas en materia de vivienda⁸⁵. Si bien, como indicó hace ya unos años TEJEDOR BIELSA, el derecho a la vivienda sigue siendo en el momento presente un derecho subjetivo «en construcción»⁸⁶, pues no existe un pleno derecho subjetivo a la vivienda⁸⁷.

Por otra parte, la existencia del derecho a la vivienda goza de un claro reconocimiento a nivel estatal en España desde hace 15 años⁸⁸, dado su reconoci-

⁸³ El art.38.2 EAC señala que «Los actos que vulneren los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña serán objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes».

⁸⁴ La Ley vasca 3/2015 de vivienda, reconoce en su art.6 el derecho subjetivo a la vivienda, a la vez que en su art. 9, relativo a los modos de satisfacción y requisitos de exigencia del derecho subjetivo, concreta el contenido exigible.

⁸⁵ Las siguientes leyes autonómicas de vivienda siguieron el esquema de la ley catalana. Sobre esto véase IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2013). «Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal» en GARCÍA MORENO RODRÍGUEZ y GONZÁLEZ GARCÍA (directores), *Reflexiones sobre la vivienda en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p.16.

⁸⁶ Véase TEJEDOR BIELSA, J., (2012). *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, Madrid, pp.40 y ss.

⁸⁷ En esta línea véase VAQUER CABALLERIA, M. (2017). «Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, N°7, p.70.

Se ha dicho que en general, en España la tradición ha consistido en efectuar políticas económicas a través de la vivienda, pero no tendentes a hacer efectivo este derecho. Sobre ello véase BERMEJO LATRE, J.L. (2010). «La evolución de las políticas de vivienda», en LÓPEZ RAMÓN (coordinador), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, pp.165-196. Sobre los antecedentes de la intervención pública en materia de vivienda véase también VILLAR EZCURRA, J.L. (1981). *La protección pública a la vivienda*, Montecorvo, Madrid.

⁸⁸ Téngase en cuenta que ten el momento presente también se cumplido el decimoquinto aniversario de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, que fue una ley claramente pionera en España por ser la primera en introducir la acción pública en materia de

miento en la entonces Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y plasmado en la actualidad en el art.5.a Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana⁸⁹. Aunque lo cierto es que se formula en términos tan genéricos que resulta complicado concretar su contenido y, en la medida que poco añade a lo previsto por el texto constitucional⁹⁰, cabe pensar que su efectividad es más simbólica que real. Aun así, la inclusión de este derecho, aun con un contenido exiguo, es acreedora de una valoración positiva, en la medida que puede cumplir un papel de estímulo para que las Comunidades Autónomas impulsen, en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda, políticas más ambiciosas para atajar los problemas existentes en relación con la vivienda.

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY ESTATAL POR EL DERECHO A LA VIVIENDA: ¿HACIA LA ARTICULACIÓN DE UN ESTÁNDAR MÍNIMO NACIONAL PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD BÁSICA DE LOS ESPAÑOLES?

El proyecto de Ley Estatal por el Derecho a la Vivienda proclama la existencia de un derecho subjetivo exigible (arts.1 y 8), aunque lo cierto es que su concreta configuración es manifiestamente insuficiente para hacerlo efectivo, pues ni siquiera se recoge la obligación de desplegar determinados medios por parte de las Administraciones competentes, menos todavía obligaciones específicas o de resultado. El art. 1.1 *in fine* señala que su objeto es «en particular, el dere-

vivienda, pero también por delimitar los supuestos en los que hay que considerar incompleta la función social de la propiedad.

⁸⁹ En este sentido LÓPEZ RAMON, F. (2020). «El reconocimiento legal a disfrutar de una vivienda», *Revista de Administración Pública*, N°212, apunta que «la literalidad no ofrece dudas, y si alguien las plantea, tiene la carga de probar por qué razón la ley que proclama un derecho no lo contendría en realidad», p.299. Por su parte, PONCE SOLÉ afirma que el derecho a la vivienda «se configura como autentico derecho subjetivo, exigible judicialmente (...)». Véase PONE SOLÉ, J. (2017). «La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional», en PONCE SOLÉ Y MOLTÓ DARNER (coordinadores), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad, nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Cizur Menor, Aranzadi., p.61.

⁹⁰ Así, el art.5.1 a) señala que todos los ciudadanos tienen derecho a «disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

cho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma». No encontramos a lo largo del articulado en qué consiste este derecho ni tampoco los sujetos activos y pasivos del mismo. Si bien, la inclusión de este derecho, aun con un contenido exiguo, es acreedora de una valoración positiva, en la medida que puede cumplir un papel de estímulo para que las Comunidades Autónomas impulsen, en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda, políticas más ambiciosas para atajar los problemas existentes en relación con la vivienda.

En este sentido, se estima pertinente plantearse si, en términos jurídicos, resulta viable y en su caso con qué límites, que legislador articulara un estándar mínimo para el conjunto del Estado español. Es cierto que, hoy por hoy, los pasos que pueden darse en esta dirección están limitados por el tenor literal de la Constitución, puesto que el art.47 CE no constituye en sí mismo título competencial autónomo, sino un objetivo común para las Administraciones Públicas (STC 61/1997). Como es bien sabido, en base a la previsión del art. 148.3 CE la totalidad de Comunidades Autónomas asumieron a través de sus Estatutos competencia exclusiva en materia de vivienda.

Por ello, debe partirse de la premisa de que el legislador estatal carece de competencias suficientes para adoptar una acción pública global en materia de vivienda. Es por ello, que de alguna manera resultaría improcedente que un nivel de gobierno reconociera y configurara el contenido de un derecho en el que carece de competencia, trasladando a otro nivel de gobierno la responsabilidad de hacerlo efectivo, con el evidente riesgo de generar expectativas de difícil cumplimiento. No obstante, la mencionada exclusividad autonómica, no puede llevarnos a entender que el Estado ha perdido toda atribución en la materia⁹¹.

Si consideramos el sistema competencial tomado en su conjunto, pronto se advierte la existencia de diversos límites a la competencia exclusiva autonómica en la materia; enseguida se percibe que se trata de un título competencial con un carácter claramente relativo, en la medida que el legislador autonómico queda inexorablemente sometido a una serie límites. Es decir, la predicada exclusividad no blindada en modo alguno la competencia autonómica⁹². La verdadera dificultad

⁹¹ De ello nos advierte IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2000). *Administración Pública y vivienda*, Editorial Montecorvo, Madrid p.87.

⁹² Algunos de estos condicionamientos se declaran expresamente, como es el caso de la prohibición de diferencias de trato discriminatorias entre españoles (arts.14 y 139.1.1 CE), pero otros derivan de los títulos estatales de carácter transversal. En el caso que nos ocupa, derivan esencialmente de los títulos 149.1.1 y 149.1.13 CE, relativos a la igualdad de condiciones básicas de los derechos constitucionales y a la competencia sobre la planificación general de la actividad económica. No estamos ante un problema de fácil solución, de hecho, BELTRÁN DE FELIPE advirtió, hace

radica en la determinación del alcance y límites admisibles de las competencias de estatales transversales para condicionar una política autonómica.

En concreto, el art.149.1.1 CE juega tanto como título habilitante del Estado como de límite a las competencias exclusivas autonómicas. En este sentido, PEMÁN GAVÍN señala que el concepto de condiciones básicas es considerablemente elástico y que dicho título competencial posee una impronta finalista y un radio de acción potencial extraordinariamente amplio, pues juega como «regla de cierre del sistema de distribución competencial»⁹³.

Ahora bien, como agudamente señala MARTÍN REBOLLO «“condiciones básicas” no es “normativa básica”» de modo que «no se mueve en la lógica de las competencias compartidas. Al contrario, el art.149.1.1 podría habilitar al Estado al establecimiento por entero de las condiciones básicas que garanticen la igualdad. Condiciones básicas que se predicarían de los derechos y deberes en sí mismos considerados»⁹⁴. En este sentido, la STC 143/2017, recordando la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 61/1997 insiste en que las condiciones básicas que el Estado puede establecer a fin de garantizar la igualdad no se refieren «a los sectores materiales en los que éstos se insertan», dado que el art.149.1.1 CE «sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce».

Nótese la trascendencia que adquiere en términos estrictamente competenciales la consideración del «derecho a la vivienda», proclamado en el art.47 CE, como un derecho constitucional, frente a la tradicional concepción de que es un principio rector. En cierto modo, la respuesta que se dé a esta cuestión va a con-

ya algo más de dos décadas, sobre complejidad articular los títulos de los arts.149.1.1 y 149.1.13 CE con la materia de vivienda. Véase BELTRÁN DE FELIPE, M. (2000). *La intervención administrativa en la vivienda, aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Lex Nova, pp.25 y 26.

⁹³ Véase PEMÁN GAVÍN, J.M^a (2018). «Artículo 149.1 y 149.1.1.^a: La cláusula de igualdad en las condiciones básicas» en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER et al., *Comentarios a la Constitución Española*, pp.1212 y ss.

Lo cierto es que encontramos leyes estatales que se fundan básicamente en este título. Como botón de muestra piénsese en la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y en la Ley 27/2007, de 23 octubre, que reconoce las lenguas de signos españolas y regula los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. También, el Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por RD legislativo 7/2015, de 30 octubre funda buena parte de su articulado en este título competencial.

⁹⁴ MARTÍN REBOLLO, L. (2018). *Constitución española: (texto y contexto), conmemorativa del 40 aniversario de la Constitución de 1978*, 2ª Ed., Aranzadi.

dicionar en buena medida la delimitación competencial del derecho a la vivienda en nuestro sistema.

En todo caso, no puede dejar de señalarse la diversa utilización del art.149.1.1 CE por la jurisprudencia constitucional. El precepto ha sido utilizado tanto como expresión del principio de igualdad, como título competencial del Estado, como clausula interpretativa del reparto competencial y como límite a las competencias autonómicas⁹⁵. Ahora bien, aunque se adoptara la postura que sostiene que el art.53.3 CE *in fine* tan solo excluye el reconocimiento de los principios establecidos en el Capítulo III Título I, pero no los derechos recogidos en él, el Estado no podría desapoderar por completo a las CCAA en virtud del art.149.1.1 CE. Puesto que el referido título competencial no ampara al Estado a regular una «igualdad formal absoluta», sino que dentro de las condiciones básicas se incluyen « aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (...) los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (...) los requisitos indispensables o marco organizativo que posibiliten el ejercicio del mismo derecho» (STC 61/1997). En definitiva, haciendo analogía con la STC 141/2014, referida al urbanismo, hemos de afirmar que la competencia autonómica en materia de vivienda «ha de coexistir con aquella que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1.1. CE, en cuyo ejercicio puede condicionar lícitamente la competencia de las Comunidades Autónomas».

Así, considerando el carácter elástico y potencial excepcionalmente amplio del art.149.1.1 CE⁹⁶, y teniendo en cuenta la reserva realizada por la STC 16/2018, en la que se reconoce expresamente la habilitación estatal para fijar las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales en relación con la propiedad de las viviendas y su función social (art.149.1.1 CE), cabe afirmar que el Tribunal Constitucional no ha reconocido la competencia de las Comunidades Autónomas de modo incondicionado y absoluto, sino en tanto en cuanto el legislador estatal no incida sobre dicha materia⁹⁷.

⁹⁵ En cualquier caso, compartimentos en análisis de TUDELA ARANDA y entendemos que el art.149.1.1 CE puede jugar como un título competencial sobre una materia específica: el régimen jurídico de los derechos y deberes constitucionales. Sobre ello véase la esclarecedora síntesis elaborada por TUDELA ARANDA, J. (1994). *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, en especial p.427.

⁹⁶ Véase PEMÁN GAVÍN, J.M^a. (2018). «Artículo 149.1 y 149.1.1.^a...», *cit.*, pp.1212 y ss.

⁹⁷ Como ha observado PEMÁN GAVÍN lo cierto es que si bien el Tribunal Constitucional ha dado por buenas el grueso de las disposiciones legales autonómicas sobre viviendas vacías «se trata de una posición determinada por la inexistencia de regulaciones estatales al respecto en el momento

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que como bien ha advertido del CGPJ «una cosa es que la fijación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1º CE sirva para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos (...)y, otra bien distinta, que se pretenda uniformizar a través de ellos, de forma exhaustiva, la legislación autonómica sobre vivienda». En este sentido, se entiende que la fijación de un estándar supondría necesariamente una uniformidad, sino unos mínimos que han de garantizarse a fin de salvaguardar la igualdad básica de los ciudadanos. Así, estamos con SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA cuando sostiene que «ni la igualdad o garantía de homogeneidad, equivale al igualitarismo, ni las singularidades, cubiertas por un correcto entendimiento del pluralismo y el principio dispositivo, suponen necesariamente privilegio»⁹⁸. En efecto, no resulta posible equiparar la necesaria garantía de una homogeneidad jurídica básica con la uniformidad de condiciones de vida en un sistema caracterizado por la descentralización política⁹⁹.

Frente al modelo del Antiguo Régimen, basado en los privilegios personales y particularismos territoriales, el Estado moderno persiguió el ideal de formar «una comunidad jurídica de iguales». El problema es que el alcance del principio de igualdad no puede ser el mismo en el Estado autonómico unitario, dado que necesariamente las exigencias de uniformidad, que han de atemperarse con las del respeto del pluralismo ¹⁰⁰.

presente (...). En este sentido, resulta significativo lo dispuesto la STC 16/2018, en la que se señala expresamente la habilitación estatal para fijar las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales en relación con la propiedad de las viviendas y su función social. En concreto, la Sentencia precisa que «no habiendo el legislador estatal ejercicio la habilitación que el art.149.1.1 CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva». Véase PEMÁN GAVÍN, J.M^a. (2020). *Banca, Derecho y sociedad en tiempos convulsos. Sobre la necesidad de recuperar la ecuanimidad en el tratamiento del sector financiero*, Marcial Pons, Madrid, pp.132 y ss.

⁹⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. (2009). «Igualdad y Estado Autonómico: los derechos estatutarios», *Anuario Facultad de Derecho UMA*, p.37.

⁹⁹ Véase el estudio de PEMÁN GAVÍN, J. M^a (1989). «Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías», *Revista de Administración Pública*, N.º 119, pp.173-198.

¹⁰⁰ Véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. (2009). «Igualdad y Estado Autonómico: los derechos estatutarios», *Anuario Facultad de Derecho UMA*, p.166.

En este sentido, la STC 76/1983 nos recuerda que el régimen autonómico «se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y la diversidad del status jurídico-público de las entidades que lo integran». La diversidad viene posibilitada por el principio dispositivo y deriva de determinadas circunstancias que la Constitución contempla como puede ser el derecho civil propio o los derechos históricos de los territorios forales. Por su parte, homogeneidad deriva, como no puede

VI. CONCLUSIÓN

Resulta inverosímil aspirar a definir las competencias de modo que no interfieran con otras. En realidad, las denominadas competencias exclusivas no son tal, y no lo son porque dos competencias exclusivas de distintos niveles de gobierno están llamadas a ser concurrentes. La delimitación de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas presenta en esta materia una problemática confusa derivada de la intersección y transversalidad de principios y derechos en conflicto. Es por ello, que resulta jurídicamente factible el establecimiento por parte del legislador estatal de un mínimo común denominador normativo a partir a fin de garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda, siempre que a partir del mismo las Comunidades Autónomas puedan, en el ejercicio de sus respectivas competencias, adoptar políticas propias en la materia. En todo caso, sería inadmisibles que el marco común estatal llegara a un grado tal de minuciosidad y de detalle que se vaciara por completo el contenido la competencia autonómica.

El esquema competencial apuntado y sus límites, unido a un lamentable clima político caracterizado por el enfrentamiento constante entre posturas que quieren mostrarse como antagónicas e irreconciliables, cuando, en realidad, no lo son, se advierte un riesgo de permanente conflictividad. En definitiva, y como conclusión general se estima que, para garantizar una política coherente en la materia, como en tantos otros temas, se necesita un “pacto de Estado” de mínimos entre las principales fuerzas políticas. Ello exige alejarnos de apriorismos y visiones simplistas apoyadas en dogmatismos de una u otra corriente ideológica, por desgracia tan patentes en los últimos tiempos en torno a la problemática de la vivienda. Los dilemas binarios en esta materia resultan completamente rechazables, pues se requiere conciliar los valores y principios en conflicto en orden a garantizar a toda persona unas condiciones vitales básicas.

En esta línea, las leyes de armonización podrían jugar un importante papel en la materia dado el amplio consenso que se exige para su aprobación, algo esencial para garantizar que las normas jurídicas sean estables, sin que ello obste a que el legislador adapte la normativa a las necesidades de cada contexto para definir el interés general de la sociedad de cada momento¹⁰¹. Para ello sería deseable mayor

ser de otro modo, del propio marco unitario que la Constitución instaura y que establece el techo máximo para para el conjunto de CCCA, fijado en particular en los arts.149.1 CE, relativo a las competencias estatales, y 138.2 CE, que prohíbe explícitamente que los Estatutos de Autonomía puedan determinar «privilegios económicos o sociales».

¹⁰¹ Sobre esto véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid.

colaboración entre los distintos niveles competenciales a fin de conciliar las bases estatales y títulos transversales con la adopción de políticas propias en materia de vivienda. Se trata, en definitiva, de crear un marco coherente y persistente en el tiempo en el que tengan cabida las opciones políticas, pero en el que exista un mínimo a respetar por el legislador autonómico, tanto desde la perspectiva de la protección de la vulnerabilidad y del derecho a la vivienda, como de la salvaguarda de un contenido mínimo que garantice la utilidad individual de la propiedad.

