# REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

N.º 42

Semestre **julio-diciembre 2023**

Edición, diseño y maquetación: COLEX



1 El concurso de acreedores y sus posibles consecuencias en los contratos de distribución
**Javier Badenas Boldó** — **Pág. 5**

2 Los derechos de los traductores y su defensa ante el Tribunal Supremo: análisis de la STS de 16 de mayo de 2023
**Begoña Ribera Blanes** — **Pág. 23**

3 Nuevas tendencias en materia de teletrabajo
**David Freire Ledo** — **Pág. 49**

4 Luces y sombras de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda
**Federico Arnau Moya** — **Pág. 65**

5 Consejo General del Poder Judicial e independencia de la justicia a la luz de la jurisprudencia europea
**Jesús Manuel Villegas Fernández** — **Pág. 117**

6 El ejercicio de la abogacía y la deontología jurídica en la era digital
**Joel Harry Clavijo Suntura** — **Pág. 131**



www.revistajuridicavalenciana.org

# REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

**Associació de Juristes Valencians**
revista@ajv-val.org

## DIRECCIÓN:

**José Bonet Navarro**
(Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València.).

**Luis Sebastián Castañares**
(Investigador postdoctoral en Derecho Administrativo. Generalitat Valenciana.).

## COMITÉ CIENTÍFICO:

**María Begoña Ribera Blanes**
(Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat d´Alacant.).

**Federico Arnau Moya**
(Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil. Universitat Jaume I.).

**Juan Benito Cañizares Navarro**
(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano. Universitat de València.).

**Manuel Ortiz Fernández**
(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil. Universitas Miguel Hernández.).

**José Manuel López Jiménez**
(Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.).

**Rafael Bernad Mainar**
(Profesor de Derecho Civil. Universidad San Jorge.).

**José Ramón Chirivella Vila**
(Investigador predoctoral en Derecho Constitucional. Universitat de València.).

ISSN: 1139-5885.

COLEX

**Edición, diseño y maquetación:**
Editorial Colex

# PRESENTACIÓN

Con gran orgullo presentamos el número 42 de la Revista Jurídica Valenciana, marcando un nuevo hito en nuestra trayectoria editorial en colaboración con Colex y con contenidos de relevancia para el ámbito jurídico científico y la práctica profesional del Derecho. Iniciar colaboraciones y proyectos en el ámbito de la investigación y el desarrollo científico es una tarea desafiante que requiere visión, dedicación y un firme compromiso con el conocimiento. Sin embargo, una vez que los proyectos están en marcha, se presenta un reto aún mayor: mantener el nivel de calidad y rigor en el trabajo. Esta continuidad es esencial, y a su vez, lograrla es una tarea compleja que implica interiorizar una gran tensión productiva.

Desde los Comités de Dirección y Científico de RJV estamos convencidos de haber mantenido con este número el compromiso de ofrecer una lectura accesible y valiosa, así como un análisis enriquecedor de la actualidad jurídica. La clave para el mantenimiento de este equilibrio ha sido contar con investigadores capaces, y dedicados y orientados en su labor, puesto que la investigación de calidad no es un esfuerzo puntual, sino un proceso continuo de indagación y revisión.

En esta edición, hemos seleccionado cuidadosamente una serie de artículos que abordan temas de actualidad y trascendencia en el panorama jurídico:

- Un análisis exhaustivo sobre la influencia de la reforma de la Ley Concursal, enfocado a la interacción entre la declaración de concurso y los contratos de distribución.

- Un estudio crítico relacionado con los derechos de propiedad intelectual de los traductores, abordando la compleja relación entre traductores y editores.

- Un análisis de los cambios legislativos y prácticos en el teletrabajo, impulsados por la pandemia del covid-19 y la actualidad en las relaciones laborales, con un enfoque en los aspectos legales y los desafíos emergentes en esta modalidad laboral.

- Una revisión crítica de la reciente legislación sobre el derecho a la vivienda, examinando sus implicaciones técnicas, jurídicas y constitucional, así como su impacto en las competencias autonómicas y protección del derecho a la propiedad.

- Un análisis de la posición y el rol del Consejo General del Poder Judicial frente a los estándares de independencia judicial establecidos por la jurisprudencia europea.

- Un estudio sobre los desafíos y adaptaciones de la abogacía y su deontología en el contexto de la digitalización y las circunstancias derivadas de la pandemia mundial de Sars-Cov-2 y sus efectos en la realidad profesional actual.

Así, con este número, renovamos nuestra misión de aportar al conocimiento y debate jurídico y científico, contribuyendo al enriquecimiento de la comunidad académica: investigadores, profesionales, académicos y sociedad. Extendemos un agradecimiento especial a todos los autores y miembros del Comité Científico por su dedicación y rigor, y a nuestros lectores por su continuo apoyo y confianza en la Revista Jurídica Valenciana. Y, finalmente, les invitamos a explorar las páginas de este número, confiados en que encontrarán contenidos de gran interés y relevancia.

Valencia, 15 de diciembre de 2023.

**Luis Sebastián Castañares**
**Director Adjunto Revista Jurídica Valenciana**

# EL CONCURSO DE ACREEDORES Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

## INSOLVENCY AND ITS POSSIBLE CONSEQUENCES FOR DISTRIBUTION CONTRACTS

**Javier Badenas Boldó**
**Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil en la Universidad Jaume I**

**SUMARIO**
I. INTRODUCCIÓN II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LOS CONTRATOS: RÉGIMEN GENERAL Y EXCEPCIONES. 1. Principio general de vigencia de los contratos 2. El carácter *intuitu personae* de los contratos de distribución. III. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN EL MARCO DEL ART. 159 TRLC. IV. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO. 1. Indemnización por daños y perjuicios. 2. Indemnización por clientela. 3. Indemnización por el stock sobrante. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA

**Palabras clave**: Concurso de acreedores, contrato de distribución, insolvencia empresarial, seguridad jurídica.
**Keywords**: Insolvency proceedings, distribution contract, business insolvency, legal certainty.

**Resumen:** El artículo examina la evolución y las reformas de la Ley Concursal (TRLC) en España, destacando sus constantes modificaciones para mejorar la claridad y la seguridad jurídica. La última actualización, en junio de 2023, enfatiza la importancia de mantener la actividad empresarial durante el proceso de concurso para proteger el valor de la empresa y satisfacer a los acreedores. El estudio se centra en cómo la declaración de concurso afecta a los contratos de distribución, resaltando su naturaleza intuitu personae y la continuidad de las obligaciones contractuales. Se analiza el tratamiento de los contratos con cumplimientos parciales y recíprocos pendientes, y se discute la posible aplicación de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, especialmente en términos de indemnizaciones por daños y perjuicios, clientela y gestión de

stocks sobrantes. La conclusión subraya la importancia de adherirse a los marcos legales establecidos para la resolución de contratos en el contexto concursal, manteniendo un equilibrio entre la protección de los intereses de los acreedores y la continuidad de la actividad empresarial.

**Abstract:** The article examines the evolution and reforms of the Spanish Insolvency Law (TRLC), highlighting its constant amendments to improve clarity and legal certainty. The latest update, in June 2023, emphasises the importance of maintaining business activity during the insolvency process to protect the value of the company and satisfy creditors. The study focuses on how the declaration of insolvency affects distribution contracts, highlighting their intuitu personae nature and the continuity of contractual obligations. The treatment of contracts with outstanding partial and reciprocal performance is analysed, and the possible application of the Agency Contract Act to distribution contracts is discussed, especially in terms of damages, clientele and management of surplus stock. The conclusion underlines the importance of adhering to the established legal frameworks for contract termination in the insolvency context, while maintaining a balance between the protection of creditors' interests and the continuity of business activity.

# I. INTRODUCCIÓN

La historia de la Ley Concursal en España está marcada por numerosas reformas a lo largo de los años. A pesar de las expectativas de estabilidad normativa que se tenían al principio de su promulgación, el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLC) ha experimentado numerosas y profundas modificaciones, siendo la última de ellas el pasado 29 de junio de 2023. La idea inicial de incorporar instituciones del derecho preconcursal se desechó en favor de la admisión de la insolvencia inminente como un requisito para el concurso voluntario.

Inicialmente, se confiaba en que los Juzgados especializados manejarían los concursos de acreedores de manera eficiente, y el convenio anticipado se consideraba la vía para resolver la insolvencia de manera rápida. Sin embargo, la larga crisis económica y el aumento de procedimientos concursales colapsaron los juzgados mercantiles[1].

Además, algunas empresas españolas optaron por recurrir a foros extranjeros en lugar de solicitar el concurso en España, lo que llevó a reformas frecuentes para abordar estas cuestiones. La necesidad de una consolidación de la legislación resultó evidente, y se autorizó al Gobierno a aprobar un texto refundido de la Ley Concursal.

El texto refundido se caracteriza por una reorganización de la ley, un esfuerzo por hacerla más clara y comprensible, y una modificación de la literalidad de muchos artícu-

1 *Vid.* En mayor profundidad en Rebollo Díaz, P., de Miranda Vázquez, C., *Introducción al Derecho Concursal*, J.M. Bosch, 2023.

los para eliminar ambigüedades. Se busca mejorar la seguridad jurídica y proporcionar un conjunto normativo sistemático. A pesar de estas reformas, España aún enfrenta la transposición de la Directiva de la Unión Europea para abordar la insolvencia y la reestructuración de deudas de manera más completa y eficiente[2].

En el Derecho concursal en vigor, la cuestión planteada debe encuadrarse en el ámbito del principio general de empresa en funcionamiento consagrado en el TRLC, a través del cual, la declaración de concurso no supone la interrupción de la actividad profesional que ejercía la empresa previa a su declaración en concurso. A saber, la continuidad de la mencionada actividad profesional, no solo tiene carácter absoluto, sino que además se encuentra limitado por la propia finalidad del concurso, siendo ésta, la satisfacción de los acreedores. A partir de este propósito, el mantenimiento de la actividad del concursado se considera un medio para evitar la pérdida del valor empresarial en beneficio de sus acreedores. En consecuencia, debe perseverarse que la declaración del concurso no es causa suficiente para la extinción de los contratos de distribución, sino todo lo contrario, la regla general debe ser su continuación[3].

2 Asimismo, tras las últimas modificaciones del TRLC, se han generado diversas opiniones y reacciones en la comunidad jurídica y empresarial en España. Opiniones a favor de las mismas como, por ejemplo, en el sentido de dotar de una mayor claridad y coherencia, habida cuenta que, la refundición de la Ley Concursal tiene como objetivo principal mejorar la claridad y coherencia de la legislación concursal española al reunir en un solo texto las normativas existentes y eliminar posibles contradicciones. Además, la revisión de la legislación concursal en España busca alinearse con los estándares internacionales, lo que podría fomentar la confianza de los inversores extranjeros y simplificar la interacción con sistemas legales de otros países. En consecuencia, se espera que el TRLC introduzca mejoras en los procedimientos concursales para hacerlos más ágiles y eficientes. Esto podría ser beneficioso tanto para las empresas en crisis como para los acreedores. Sin embargo, existen ciertas discrepancias tras su publicación, dada su complejidad técnica. La refundición de la ley implica un cambio en la estructura y redacción de las normas concursales, lo que puede generar complejidad técnica en su interpretación y aplicación. Algunos críticos argumentan que la nueva redacción no necesariamente simplifica la ley. A pesar de los esfuerzos por mejorar la claridad y coherencia, la refundición podría dar lugar a lagunas o contradicciones en la legislación, lo que podría requerir interpretaciones judiciales para resolver casos específicos. En resumen, las opiniones sobre el nuevo TRLC varían y dependen de diversos factores, incluida la perspectiva de quienes lo analizan. Es importante tener en cuenta que la opinión pública y la percepción de la comunidad legal pueden cambiar a medida que se aplique el nuevo texto refundido y se resuelvan casos específicos en virtud de sus disposiciones. *Vid*. **Pérez-Cruz Martín, A.J.**, «Novedades en la regulación de la administración concursal tras las modificaciones introducidas en el TRLC por la L. 16/2022, de 5 de setiembre», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 59, 2023.

3 Véase en este sentido **Fuentes Devesa, R.**, «Visión panorámica de los efectos del concurso sobre los contratos tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de modificación del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2023.

# II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LOS CONTRATOS: RÉGIMEN GENERAL Y EXCEPCIONES

## 1. Principio general de vigencia de los contratos

Sobre el principio mencionado de continuidad de la actividad empresarial ha de revolverse la problemática con respecto a la dinámica de la ejecución de los contratos de distribución no finalizados una vez declarado el concurso de acreedores de una de las partes, habida cuenta que, dicha declaración de concurso puede dificultar considerablemente el correcto desarrollo de las relaciones entre las partes. El concurso de acreedores supone una situación excepcional con el propósito de proteger y salvaguardar el interés colectivo de los acreedores ante un cambio sobrevenido en las condiciones económicas de la concursada[4].

Además, la legislación concursal, desde sus inicios, aboga por un sistema que permite a la concursada a continuar desarrollando su actividad económica[5]. En consecuencia, la mejor solución posible para defender el interés colectivo de los acreedores es la continuidad de dicha actividad económica, dado que, ello contribuye a la conservación o incremento de la masa activa y, por ende, a la satisfacción de las deudas contraídas[6].

Con respecto al principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en sede concursal, se establece la prohibición de pactos resolutorios que tengan como causa la declaración de concurso (art. 156 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en lo sucesivo, TRLC)[7], no obstante, esta prohibición no es absoluta como se verá más adelante.

## 2. El carácter *intuitu personae* de los contratos de distribución

Es por todos conocido en nuestro Derecho la consideración de que los contratos de distribución comercial como contratos de carácter *intuitu personae*, concluidos en aten-

4 Tirado Martí, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 2009, p. 1084.

5 Dicho mantenimiento de las actividades económicas de la sociedad concursada es fue adoptada por la a Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo, LC), como principio general. Véase en este sentido, Zurilla Cariñana, A., «Comentario a art. 44», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 383 y ss.

6 González-Orús Charro, M., *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 221.

7 García Vicente, J.R., «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso» *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, nº 13, pp. 349-362.

ción a la persona con la que se contrata. Así lo han puesto de manifiesto de modo constante tanto la doctrina[8] como la jurisprudencia[9] que se ha ocupado de la cuestión[10].

Los contratos de distribución forman parte de los contratos de colaboración entre empresarios. Su función principal es establecer relaciones comerciales estables para la distribución de productos, lo que destaca la importancia de la confianza mutua en la dinámica empresarial.

La confianza se deposita principalmente en la persona contratada y en sus capacidades personales. Sin embargo, en algunas ocasiones, se dirige hacia la estructura organizativa, incluyendo los recursos personales y materiales que el empresario pone a disposición de la actividad. Esto ha llevado a ciertos autores a argumentar que, en los contratos de distribución comercial, el enfoque en la persona (*intuitu personae*) puede ser reemplazado por el enfoque en el *intuitu instrumenti*[11].

Cierta doctrina analiza la compleja cuestión de la confianza en los contratos de distribución y cómo esta puede centrarse en la vertiente personal o instrumental del *intuitu*, dependiendo de la situación concreta analizada. En el contexto de los contratos de franquicia, por ejemplo, la confianza se manifiesta de diferentes maneras. En ocasiones, se requiere la autorización expresa del líder de la red para la sucesión de herederos del franquiciado original o se prohíbe directamente esta posibilidad, lo que representa una manifestación del *intuitu personae*[12]. En otros casos, la confianza se centra en la componente instrumental, como en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del 2011, que establece la obligación del líder de la red de otorgar su consentimiento a la cesión del contrato si el distribuidor cesionario se compromete a mantener la organización y los medios utilizados por el cedente, lo que representa una manifestación del *intuitu instrumenti*[13].

---

8 En este sentido, **Alonso Soto, R.**, «Tipología de los contratos de distribución comercial», en **AA.VV**. *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 61 **Mayorga Toledano, M.C.**, *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 149 **Calavia Molinero, J.M.**, «El contrato de distribución exclusiva», en *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales* (dir. **Vázquez Albert, D.**), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 70.

9 STS de 26 de abril de 2000, n.º 360/2000. En relación a la naturaleza jurídica atribuible a la figura, el Tribunal dispone que son caracteres específicos de la concesión *«los relativos en todo contrato personalista o de confianza "intuitu personae" (art. 1161) y de tracto sucesivo, en el que priman el juego de la buena fe o lealtad contractual (art. 1258), el mantenimiento del equilibrio prestacional o equivalencia económica (arts. 1256, 1274, y 1289), la libertad contractual, el respeto a lo pactado y al "ius variandi" insito. (arts. 1255 y 1278), la acomodación durante el tracto al «statu quo» pactado, el reajuste prestacional (arts. 1255 y 1258) y el principio de confianza habilitante de la resolución unilateral»*.

10 **Jarne Muñoz, P.**, «El *intuitu personae* en los contratos de distribución», *Actualidad Civil*, n.º 6, junio de 2016, p. 2.

11 **Galán Corona, E.**, «Los contratos de distribución. Ideas generales», en *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial* (dir. **Herrero García, M.ª J.**), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 28; Véase también, **Alonso Soto, R.**, «Tipología de los contratos de distribución…» *op. cit.*

12 **Ruiz Peris, J.I.**, *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, p. 91,

13 *Vid.* **Martí Miravalls, J.**, *El contrato de Master Franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 168. Establece que, el hecho de que el contrato de master franquicia deba encuadrarse en la categoría de los denominados contratos *intuitu personae* no es óbice para *«reconocer que, a la*

La confianza en estos contratos tiene un impacto en la relación distributiva y en los deberes de las partes. Se refuerza el deber de buena fe que debe presidir toda relación contractual, con énfasis en la lealtad y comportamiento exigible a los miembros de la red. Asimismo, se imponen deberes precontractuales relacionados con la información y la confidencialidad, y estos deberes evolucionan con el tiempo[14]. Además, se exige diligencia a las partes, en especial al líder de la red, abarcando aspectos como el aprovisionamiento de los distribuidores y posibles problemas relacionados con los derechos de propiedad industrial asociados a la red de distribución[15]. En resumen, la confianza en los contratos de distribución influye en los deberes y la dinámica de estas relaciones comerciales[16].

En atención a lo anterior, habida cuenta de la naturaleza mencionada de los contratos de distribución, siendo estos contratos de gestión de negocios ajenos no les ha hecho merecedores de un tratamiento singular en el TRLC, pudiéndose haber justificado el mismo, por su carácter de tracto sucesivo o, por la relevancia de los elementos personales en su contexto, observando a su carácter *intuitu personae*, al estar basados en una relación de confianza recíproca entre las partes. Por esa razón, en ausencia de tal especialidad, debemos acudir al régimen general de los contratos en el concurso de acreedores, previsto en el Capítulo IV, Título III, arts. 156 a 165 del TRLC, con el objetivo de abordar los efectos del concurso sobre los contratos de distribución, mediante la pretendida imposibilidad de resolución o extinción establecida en el art. 156 TRLC.

El art. 156 TRLC se refiere a situaciones de normalidad contractual, es decir, cuando ninguna de las partes ha descuidado sus obligaciones y no existe incumplimiento, proclamándose la vigencia de los contratos como medida complementaria e instrumental del mencionado principio general de continuación de la actividad profesional fundado en art. 111.1 TRLC. Sin embargo, el Texto Refundido de la LC en los arts. 157 y 158 realiza la diferenciación entre aquellos contratos en los que una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tiene pendiente el cumplimiento (total o parcial) de las suyas en el momento de la declaración de concurso y, por otro lado, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, sometidos cada uno de los supuestos a un régimen jurídico diferente[17]. En primer lugar, en el caso en el que una de las partes haya cumplido íntegramente con sus obligaciones, establece el art. 157 TRLC que, «*el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso*». Y, en segundo lugar, siendo aquel

*hora de contratar, el franquiciador tenga en cuenta – o muy en cuenta-, además de la confianza que le suscite el master persona física o los dirigentes del master persona jurídica, las cualidades objetivas de la empresa como, por ejemplo, infraestructuras o logística*».

14 Enciso Alonso-Muñumer, M., «Duración de los contratos de distribución comercial», en *Los contratos de distribución*, Alonso Ureba, A., Velasco San Pedro, L.A., Alonso Ledesma, C., Echebarría Sáenz, J.A., Viera González, A.J., (dirs.), La Ley, 2010, pp. 537 y ss.

15 Véase lo dispuesto en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011, en su art. 10 dedicado a los deberes de información durante el contrato y el cual somete a ambas partes al deber de confidencialidad sobre la información recibida en el art. 7 del mismo cuerpo legal.

16 Jarne Muñoz, P., «El *intuitu personae* en los contratos…» *op. cit.*, p. 3.

17 Montserrat, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 14, 2008, p. 73; *Vid*. Sánchez Paredes, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 18, 2009, pp. 423-473.

supuesto en el que ninguna de las partes ha cumplido con su obligación contractual, el art. 158 TRLC dice, «*la declaración del concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado*». En sede concursal es posible que el interés colectivo lleve al juez a decidir, con acuerdo de las partes o en sentencia incidental que, pese a no existir incumplimiento, el contrato en cuestión ya no tiene interés para el concurso y es perceptivo resolverlo, permitiendo al Administrador Concursal solicitar la resolución (art. 165.1 TRLC). En ese caso, el juez dictará Auto declarando la extinción del contrato de conformidad con lo acordado[18].

No obstante, las diferencias entre las partes se suscitarán, como se ha mencionado anteriormente, mediante incidente concursal, a través del cual, el juez decidirá acerca de la resolución, estableciendo, en su caso, las correspondientes indemnizaciones (por clientela, inversiones, *stocks*, etc…) o restituciones.

Sin embargo, y pese al principio del Derecho concursal de la continuación de los contratos vigentes, existen remedios frente a los incumplimientos contractuales que se produzcan tras la apertura del concurso, continuará la posibilidad de resolución por incumplimiento. En los arts. 160 a 164 TRLC se regulan los supuestos de resolución de los contratos por incumplimiento, ya sea antes (art. 160 TRLC) o después (161 TRLC) de la declaración del concurso. En el caso de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por las partes, si el contrato es de tracto sucesivo, y se prevé que, aunque exista causa de resolución, el juez en atención al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las pretensiones debidas o que deba realizar el concursado (art. 164 TRLC)[19].

Para concluir, asimismo, se determinan las consecuencias de la resolución por incumplimiento. Cuando sea acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes. Con respecto a las obligaciones vencidas, se incluirán en el concurso los créditos que correspondan al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, en el caso en el que el incumplimiento fuese anterior a la apertura del concurso, no obstante, si el incumplimiento fuese posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento por los daños y perjuicios que proceda (art. 163 TRLC)[20].

A propósito de lo anterior, y de nuevo en conformidad con el principio establecido en el art. 111.1 TRLC, en el que se instaura la continuidad de actividad profesional que viniera ejerciendo el deudor antes de la declaración del concurso, debemos de hacer hincapié

18 **Moralejo Menéndez, I.**, «Concurso de acreedores y contratos de distribución», en *Jurisprudencia y concurso: (estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal)* **García-Cruces González, J.A.** (dir.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1063-110.

19 *Vid.* **Blasco Gascó, F.**, *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

20 **Ávila de la Torre, A.**, «Efectos del concurso sobre los contratos de distribución», en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, **Carbajo Gascón, F.**, Tirant lo Blanch y EU Salamanca, 2015, pp. 548 y ss.

en el art. 156 TRLC que determina *«se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes»*. De esa manera, no resultará posible pactar en el contrato una cláusula que determine que la declaración del concurso extinguirá automáticamente el contrato[21]. La prohibición de estas cláusulas, dado que la declaración del concurso no supone la interrupción de la actividad empresarial que viniera ejerciendo el concursado, establece que el acreedor no pueda ampararse en ellas para resolver extrajudicialmente el contrato, debiendo acudir a los trámites mencionados para poder obtener un pronunciamiento judicial. En cambio, esta regla general no tiene carácter absoluto, habida cuenta que, se prevé que puedan darse supuestos especiales (art. 159 TRLC).

Las excepciones permiten la aplicación de diversas normas que contemplan facultades unilaterales de desvinculación como, por ejemplo, por un lado, la revocación contemplada en el art. 279 del Código de Comercio, mediante la cual el comitente tiene derecho a revocar la comisión conferida al comisionista en cualquier estado del negocio. Sin embargo, a pesar de la revocación, el comitente queda obligado a indemnizar al comisionista por los gastos y pérdidas que este haya sufrido hasta el momento de la revocación, así como a pagarle la comisión correspondiente si el acto comisionado ya se ha ejecutado parcial o totalmente. Por otro lado, el incumplimiento del mandato como causa de finalización del contrato, contemplada en los arts. 1700.3 y 1732 CC[22]. Del mismo modo que, las facultades de desvinculación fundadas en principios generales del Derecho de obligaciones, tal y como sucede con el desistimiento admitido en cualquier contrato de duración indefinida[23].

# III. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN EL MARCO DEL ART. 159 TRLC Y LA POSIBLE APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY DEL CONTRATO DE AGENCIA

Conforme al art. 159 TRLC *«1. La declaración de concurso no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos en que así se reconozca expresamente por la ley. 2. La declaración de concurso no afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes»*, podemos encontrar cierto encaje en la Ley del Contrato de Agencia (en lo sucesivo, LCAg.) en el que cada una de las partes puede dar por finalizado el contrato pactado por tiempo determinado o indefinido en cualquier momento, sin necesidad de preaviso cuando, *«la otra parte hubiera sido declarada en concurso»* (art. 26.1 b) LCAg).

21 Ávila De La Torre, A., «Efectos del concurso sobre los contratos de distribución», *op.cit.*, p. 552.

22 Ara Triadú, C., «UTE. Efectos de la declaración de concurso de uno de sus miembros», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 26, 2012, pp. 105-149.

23 González-Orús Charro, M., *Los contratos de distribución… op. cit.*, p. 227.

Atendiendo el precepto en cuestión, cabe plantearse la posibilidad de aplicación analógica a los contratos de distribución. Habida cuenta que, los contratos de distribución carecen de regulación propia, es decir, son atípicos, al no haber predispuesto la ley hasta el momento una particular disciplina jurídica, a diferencia de contratos como el de agencia que si existe. Sin embargo, si es cierto que, en su momento existió esa voluntad por parte del legislador en el año 2006, mediante la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución (PALCD) que, nunca salió a la luz. Parte de la Doctrina sostiene dicha aplicación analógica[24] y, en caso de afirmar su procedencia podría deducirse la validez de las cláusulas que establecen la extinción automática del contrato, pues se limitaría a anticipar un efecto amparado por la ley.

No obstante, existen también opiniones discrepantes al respecto. Señala esta parte de la Doctrina que debe rechazarse dicha aplicación analógica en cuanto se viene a desarrollar a continuación[25].

Por un lado, sin negar la identidad funcional presente entre las modalidades mencionadas, resulta innegable el carácter imperativo de las normas concursales. El artículo 156 TRLC prohíbe los pactos resolutorios, ya que estos son incompatibles con los principios generales perseguidos por la normativa, y solo permite su aplicación en los casos en los que una ley contemple una excepción, como se establece en el artículo 159 del TRLC. Además, la doctrina citada sostiene que la facultad resolutoria prevista para los contratos de agencia carece de una justificación objetiva de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación concursal. A pesar de ello, las excepciones contempladas en el artículo 159 del TRLC tienen un sentido claro en la protección de intereses que trascienden la mera salvaguardia del patrimonio de los acreedores[26].

Por otro lado, es importante subrayar que la aplicación analógica de las normas no solo exige la similitud entre los casos, es decir, la identidad funcional entre los contratos de agencia y los de distribución, sino también la identidad de razón. Algunos expertos argumentan que la razón detrás de mantener la excepción establecida en el artículo 26.1 b) de la Ley de Contrato de Agencia (LCAg) no está clara y, por lo tanto, carece de sentido apli-

24 Ávila de la Torre, A., «Consideraciones generales en torno al concurso de los contratos de distribución», en *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Herrero García, M.ª J., García Vicente, J.R., Vaquero Pinto, M.ª P. (coords.), Aranzadi, 2010, pp. 351-368.

25 Véase. Vázquez Albert, D., «Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión», *RJC*, n.º 2, p. 65; García Herrera, A., *La duración del contrato de distribución en exclusiva,* Universidad de Valencia, 2005, pp. 478 y ss.; Carbajo Gascón, F., *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 251 y ss.; Enciso Alonso-Muñumer, M., «Tratamiento concursal de los contratos de distribución», En *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos* Alcalá Diaz, M.A. (dir.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 371.; María Dutilh, J., «El contrato de franquicia y el concurso de acreedores», en *La franquicia* Ortega Burgos, E., (Dir.), Aranzadi, 2015, pp. 1016 y ss.; González-Orús Charro, M., *Los contratos de distribución… op. cit.,* p. 230, nota 464.

26 Lascorz Collada, M.ª C., «Las causas de extinción de los contratos de distribución comercial», *Tesis Doctoral del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política de Investigación: Derecho mercantil*, Universidad de Barcelona, 2022, pp. 452. véase en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/687322/MCLC_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y .

carla a otros escenarios. Además, considerando la clara orientación protectora hacia los agentes que refleja la regulación aplicable a ellos, no sería descabellado argumentar que la excepción responde a una perspectiva tutelar. Desde esta óptica, se podría argumentar en contra de la aplicación analógica de la norma porque el distribuidor no se encuentra en la misma situación de dependencia que el agente comercial. En este sentido, en algunas ocasiones se ha sostenido que el mencionado artículo perjudica a los propios agentes, ya que los expone más a situaciones concursales debido al mayor poder económico de los proveedores, a pesar de que la normativa parece haber intentado proporcionarles una mayor protección debido a su condición de parte vulnerable en el contrato[27].

# IV. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La extinción del contrato de distribución puede causar importantes daños y perjuicios al distribuidor si no hubiera dispuesto de tiempo suficiente para amortizar las inversiones efectuadas, por el lucro cesante consecuente de la extinción contractual, así como los costes de los despidos. En consecuencia, la extinción del contrato por causa de declaración de concurso tiene una especial importancia con respecto a las indemnizaciones al distribuidor, del mismo modo que como sería calificado dicho crédito a favor del distribuidor en sede concursal.

En este sentido, nuevamente, en nuestro país existen distintas opiniones sobre la aplicabilidad analógica de la LCAg. a los contratos de distribución, concretamente, en lo que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios (art. 28 LCAg.) y, sobre todo, la indemnización por clientela (art. 28 LCAg.).

## 1. Indemnización por daños y perjuicios

En lo que respecta a la compensación por los perjuicios causados al distribuidor como consecuencia de la terminación unilateral e intempestiva del contrato por parte del proveedor, por ejemplo, en el caso de una declaración de concurso, a pesar de que una parte de la doctrina y jurisprudencia admite la posibilidad de aplicar de manera analógica la LCAg, generalmente, las inversiones no recuperadas por el distribuidor debido a la terminación unilateral del contrato por parte del fabricante se suelen reclamar a través de una acción legal ordinaria por daños y perjuicios contractuales. Esto sucede cuando la terminación unilateral del contrato ocurre antes de que haya transcurrido el período de tiempo previsto por las partes para recuperar los costos operativos y alcanzar expectativas razonables de ganancias[28]. En consecuencia, cuando una relación contractual ha sido sufi-

27 *Vid.* Vázquez ALBERT, D., «La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», en *Los contratos de distribución comercial Novedades legislativas y jurisprudenciales* (Vázquez Albert, D. (dir.)), Tirant lo Blanch, 2010, pp. 153-198.

28 *Vid.* Vaquero Pinto, M.ª J., «La terminación de los contratos de distribución», en Herrero García, M.J. (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, 2010, pp. 313 y ss.

cientemente prolongada en el tiempo, el Tribunal Supremo ha establecido que ha habido tiempo suficiente para amortizar inversiones y cumplir razonablemente las expectativas de ganancias, se descartaría de ese modo una indemnización por daños y perjuicios derivados de la resolución unilateral del contrato por el concedente[29].

## 2. Indemnización por clientela

En relación a la indemnización por clientela en la extinción de los contratos de distribución, la cuestión de fondo reside en determinar si el distribuidor ha contribuido eficazmente a incrementar y fidelizar con su actuación la cartera de clientes en beneficio propio y del proveedor o si, por el contrario, el proveedor goza desde el inicio de la relación de una clientela asociada exclusiva y principalmente a la atracción o reclamo comercial de sus signos distintivos[30].

Se ha discutido intensamente desde hace años la posible aplicación analógica del art. 28 LCAg. a la extinción de los contratos de distribución. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia mantienen distintas opiniones al respecto[31].

29 Carbajo Cascón, F., «La distribución comercial (I-II) Aspectos contractuales», *Iustitia*, diciembre 2011, p. 318.

30 Dicha cuestión ha sido estudiada en profundidad por autores como, Fuentes, J., González Concheiro, A., «Indemnización por clientela», en *Tratado de la franquicia*, Manca Díaz, P., Jiménez Laiglesia, J., Ramos Gil de la Haza, A., Abadía, E. (coords.); Ortega Burgos, E., Masuet Iglesias, L. (dirs.), 2022, pp. 109-123; Casado Román, J., «La indemnización por clientela», *Actualidad Civil*, 2017, pp. 108-115; Herrero Jiménez, M., «Análisis jurisprudencial sobre la indemnización por clientela», *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 13, 2000, pp. 219-234; Paz-Ares Rodríguez, J.C., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión» en AA.VV. *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1287-1304; Moralejo Menéndez, I., «La indemnización por clientela en los contratos de distribución», en *Contratos de distribución comercial: garantías personales* Ávila de la Torre, A., García Vicente, J.R., Vaquero Pinto, M.ª J. (coords.) Herrero García, M.ª J. (dir.), *Ratio Legis Librería Jurídica*, 2010, pp. 137-154; Martínez Sanz, F., «La indemnización por clientela de los distribuidores», en *Los contratos de distribución*, Alonso Ureba, A., Velasco San Pedro, L.A., Alonso Ledesma, C., Echevarría Sáenz, J.A., Viera González, A.J. (dirs.), La Ley, 2010, pp. 587-599.

31 Carbajo Cascón, F., «La distribución comercial (I-II) Aspectos contractuales…»*op. cit.*, en nota 19 expone que «*a favor de la aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista para la agencia al contrato de concesión, al considerar que la clientela constituye un activo común del concedente y el concesionario*» se manifiestan, entre otros, Martínez Sanz, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Aranzadi, 1998, pp. 97 y ss., y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1999, 10 de marzo y 1 de abril de 2000, 21 de noviembre de 2005, 20 de julio de 2007 o 15 de enero de 2008. Asimismo, expone que «*En contra de la aplicación analógica, poniendo de manifiesto el distinto sistema de retribución del agente (comisiones sobre operaciones concluidas por el principal con su intervención) y el concesionario (margen de reventa de los productos del fabricante)*», véase, Paz-Ares Rodríguez, J.C., "La indemnización por clientela en el contrato de concesión… *op.cit.*, pp. 1287 y ss.; del mismo modo que la Sentencias del Tribunal supremo de 16 y 17 de octubre de 1995, 20 de enero y 12 de julio de 2000 o 27 de octubre de 2005, entre otras.

Teniendo en cuenta las diversas opiniones y pronunciamientos, es necesario examinar el caso concreto para evaluar todos los elementos concurrentes y determinar si la formación del fondo de comercio (incluyendo la cartera de clientes) ha sido más influenciada por la actividad del distribuidor o la marca del fabricante/proveedor. Este análisis dependerá del tipo de producto, la estructura del mercado y el nivel de reconocimiento de la marca.

En términos generales, la mayoría de la doctrina sostiene que, al finalizar el contrato de distribución, al igual que en el caso de la agencia, existe un activo común entre el principal y el distribuidor, que es la clientela adquirida durante la duración del contrato[32]. Esta clientela puede haberse captado en parte debido al atractivo de la marca o el distintivo del proveedor y en parte debido a los esfuerzos activos del distribuidor para buscar y retener clientes. El Tribunal Supremo ha afirmado que la clientela representa una entidad económica que debe ser compensada por aquel que se beneficie de su contribución, y está compuesta por lo aportado por el distribuidor, lo que conlleva un disfrute por parte del empresario y la consiguiente pérdida que la desaparición de esta clientela significa para el agente o distribuidor[33].

No obstante, la compensación justa para el distribuidor solo es apropiada cuando este haya captado directamente la clientela o haya colaborado en su creación y consolidación[34]. En estos casos, el fabricante o proveedor se beneficia de dicha clientela, y en con-

32 Según **Alfaro Águila-Real, J.**, «La terminación de los contratos de distribución», *Almacén de Derecho*, 14 abril 2016, p.3, la indemnización por clientela *«se justifica por el aumento de valor que experimenta la empresa principal como consecuencia de la actividad del agente»*. Es por ello que, el agente tendrá que poner toda su dedicación y esfuerzo para adquirir y fidelizar dicha clientela. *«Para lograrlo, serán necesarios por regla general, renovados esfuerzos por parte del agente que en última instancia se dirigen, no a la conclusión de una nueva operación comercial… sino a la creación de relaciones jurídicas con vocación de permanencia que constituirán para el empresario una fuente de ingresos también en el futuro. Se trata por tanto, de remunerar algo que durante la vigencia del contrato no luce, a saber: la perspectiva que tienen el empresario principal de seguir extrayendo en el futuro ventajas de unas relaciones comerciales a cuyo establecimiento contribuyó decisivamente el agente»*.

33 En la STS de 15 de enero de 2008, el TS recuerda (i) que la Ley de Contrato de Agencia (LCAg) es aplicable analógicamente a los contratos de distribución, pero que (ii) hay que verificar, en cada caso, si concurre la analogía siendo *«la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente»* el criterio más relevante; (iii) que las partes de un contrato de distribución pueden excluirla mediante la cláusula correspondiente y que, si no se ha excluido y procede la aplicación analógica, (iv) ha de verificarse en cada caso concreto si se dan los requisitos establecidos en la LCA para otorgar la compensación por clientela o cualquier otra indemnización. El Supremo añade que *«en realidad, lo que puede justificar la compensación no es la discutida semejanza entre el contrato de agencia y el de distribución, … sino que el propio contrato obligue a considerar como «activo común» la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación»*.

34 Según, **Alfaro Águila-Real, J.**, «La terminación de los contratos de distribución…», *op. cit.*, p. 4, es de interés conocer su opinión al respecto de la indemnización por clientela como causa del enriquecimiento injusto *«es imposible que haya existido enriquecimiento injusto si el desplazamiento patrimonial se ha producido con causa de in contrato (y por tanto, no puede ser enriquecimiento sin causa). Aún más, la clientela que queda eventualmente bajo el disfrute del fabricante*

secuencia, se justifica una indemnización. Por otro lado, no habrá lugar a indemnización si el distribuidor no solo no ha contribuido a la generación de la clientela, sino que, además, ha llevado a la pérdida de parte de la clientela existente con su conducta.

En síntesis, a pesar de las perspectivas arraigadas en el análisis económico del derecho que sostienen que otorgar una indemnización por clientela al distribuidor podría limitar la flexibilidad del sistema de distribución, argumentando que como empresario independiente, dado que, el distribuidor debe estar sujeto a la libre contratación y valorar los riesgos al celebrar el contrato, la Doctrina y la jurisprudencia generalmente admiten, como regla general y punto de partida, que el distribuidor puede reclamar una indemnización al proveedor en el momento de la terminación del contrato de distribución. Esto se fundamenta en razones de equidad, considerando la posición aparentemente más débil del distribuidor en comparación con el proveedor. En la práctica, la cuestión se reduce a la dificultad de probar la participación del distribuidor en la adquisición y retención de la clientela, así como en el aprovechamiento de la misma por parte del proveedor después de la finalización del contrato[35].

Naturalmente, de admitirse la aplicación analógica del art. 28 LCAg. habrá que estar a los factores o elementos determinantes de esa indemnización allí previstos[36]. De ese modo, para que se produzca una indemnización por clientela en la extinción del contrato, es necesario que esta se deba a causas no imputables al distribuidor. Se debe demostrar que el distribuidor ha aportado nuevos clientes o aumentado significativamente las operaciones con clientes anteriores, además de acreditar que su actividad anterior beneficie sustancialmente al concedente. En otras palabras, no se otorga indemnización por clientela si no se demuestra que el proveedor continúa utilizando la clientela del distribuidor para distribuir sus productos a los mismos clientes. La indemnización se basa en la contribución real del distribuidor a la expansión de la clientela y el beneficio continuo para el proveedor. La deducción evidente de lo expuesto radica en que la compensación por clientela en el contrato de agencia posee un propósito social o sustancial, lo que justifica su carácter imperativo. Sin embargo, su configuración adopta una estructura remuneratoria, de ahí que se conceptualice como una indemnización por clientela.

## 3. Indemnización por el *stock sobrante*

Para concluir, merece destacar el problema de los *stocks* sobrantes, es decir, productos y piezas de recambio en poder del distribuidor al tiempo de producirse la extinción del contrato[37]. El problema se encuentra con la cláusula contractual de cuota mínima en los acuerdos de distribución. Esta cláusula impone al distribuidor la obligación de adquirir y mantener un mínimo de unidades de productos y repuestos para garantizar un suministro

*no se le atribuye por el simple hecho de la terminación del contrato. Al contrario, la adquisición está plenamente justificada toda vez que se funda en la prestación contractual debida por el agente, que justamente consiste en promover las ventas del fabricante durante la vigencia del contrato y aumentar la clientela*».

35 Díaz Echegaray J.L., «El contrato de distribución en exclusiva o de concesión», en *Contratos mercantiles* Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Calzada Conde, M.ª Á. (dirs.), Aranzadi, 2007, pp. 800 y ss.

36 Carbajo Cascón, F., «La distribución comercial (I-II) Aspectos contractuales»… *op. cit.*, p. 320.

37 *Vid.* Vaquero Pinto, M.ª.J., «La terminación de los contratos de distribución»…*op. cit.*, pp. 347 y ss.

adecuado en el mercado y atender rápidamente los pedidos de los clientes. En general, se entiende que el distribuidor tiene la libertad de vender los productos o repuestos excedentes de manera independiente, al margen de la cobertura proporcionada por el proveedor. Esto significa que, una vez que el distribuidor ha cumplido con la cuota mínima requerida, puede comercializar cualquier exceso de productos o repuestos sin restricciones impuestas por el proveedor.

Es importante que las condiciones relacionadas con la cláusula de cuota mínima estén claramente establecidas en el contrato de distribución para evitar malentendidos y conflictos en el futuro. Los contratos de distribución suelen detallar las cantidades mínimas, los plazos para cumplir con estas obligaciones y las condiciones de venta de productos excedentes, entre otros aspectos relevantes. En definitiva, la cláusula de cuota mínima en los contratos de distribución establece requisitos de compra mínima por parte del distribuidor, pero una vez que se cumplen, el distribuidor generalmente tiene libertad para vender productos excedentes de forma independiente. Estas condiciones deben estar claramente definidas en el contrato.

# V. CONCLUSIÓN

Por un lado, a nuestro parecer, no se vislumbra con optimismo la posibilidad de eludir los rigurosos términos establecidos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLC) sin una clara previsión legal. Esto se fundamenta en que las partes cuentan con el recurso de resolución por incumplimiento, según lo dispuesto en los artículos 160 y siguientes del TRLC. En cualquier caso, la aplicación analógica debe sujetarse a los límites establecidos para la resolución dentro del marco del concurso, según lo estipulado en el artículo 164 del TRLC. En conclusión, es crucial tener presente que el artículo 23.1 del mencionado PLCD otorga cobertura legal directa a las cláusulas que anticipan los efectos de las situaciones concursales al establecer que *«en caso de concurso de acreedores se estará a lo pactado entre las partes»*. Esta norma, indudablemente, encajaría en el artículo 159.2 del TRLC[38].

Por otro lado, la extinción de contratos de distribución conlleva la posibilidad de indemnizaciones al distribuidor, pero su aplicabilidad y justificación dependen de factores como la duración de la relación y la contribución del distribuidor a la clientela. Además, como se ha observado, la claridad en las condiciones contractuales es esencial para evitar conflictos en cuanto a los «*stocks* sobrantes».

# VI. BIBLIOGRAFÍA

**Alfaro Águila-Real, J.**, «La terminación de los contratos de distribución», *Almacén de Derecho*, 14 abril 2016.

**Alonso Soto, R.**, «Tipología de los contratos de distribución comercial», en **AA.VV**. *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

38 *Vid.* Vaquero Pinto, M.ª J., «La terminación de los contratos de distribución»…*op. cit.*, p. 332.

**Ávila de la Torre, A.**, «Consideraciones generales en torno al concurso de los contratos de distribución», en *La contratación en el sector de la distribución comercial*, **Herrero García, M.ª J.**, **García Vicente, J.R.**, **Vaquero Pinto, M.ª P.** (coords.), Aranzadi, 2010.

**Ávila de la Torre, A.**, «Efectos del concurso sobre los contratos de distribución», en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, **Carbajo Gascón, F.**, Tirant lo Blanch y EU Salamanca, 2015.

**Blasco Gascó, F.**, *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

**Calavia Molinero, J.M.**, «El contrato de distribución exclusiva», en *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales* (dir. **Vázquez Albert, D.**), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

**Carbajo Cascón, F.**, «La distribución comercial (I-II) Aspectos contractuales», *Iustitia*, diciembre 2011.

**Carbajo Gascón, F.**, *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*, La Ley, Madrid, 2013.

**Casado Román, J.**, «La indemnización por clientela», *Actualidad Civil*, 2017.

**Díaz Echegaray J.L.**, «El contrato de distribución en exclusiva o de concesión», en *Contratos mercantiles* **Bercovitz Rodríguez-Cano, A.**, **Calzada Conde, M.ª Á.** (dirs.), Aranzadi, 2007

**Enciso Alonso-Muñumer, M.**, «Duración de los contratos de distribución comercial», en *Los contratos de distribución*, **Alonso Ureba, A.**, **Velasco San Pedro, L.A.**, **Alonso Ledesma, C.**, **Echebarría Sáenz, J.A.**, **Viera González, A.J.**, (dirs.), La Ley, 2010,

**Enciso Alonso-Muñumer, M.**, «Tratamiento concursal de los contratos de distribución», En *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos* **Alcalá Diaz, M.A.** (dir.), Bosch, Barcelona, 2015.

**Fuentes Devesa, R.**, «Visión panorámica de los efectos del concurso sobre los contratos tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de modificación del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2023.

**Fuentes, J.**, **González Concheiro, A.**, «Indemnización por clientela», en *Tratado de la franquicia*, **Manca Díaz, P.**, **Jiménez Laiglesia, J.**, **Ramos Gil de la Haza, A.**, **Abadía, E.** (coords.); **Ortega Burgos, E.**, **Masuet Iglesias, L.** (dirs.), 2022.

**Galán Corona, E.**, «Los contratos de distribución. Ideas generales», en *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial* (dir. **Herrero García, M.ª J**), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

**García Herrera, A.**, *La duración del contrato de distribución en exclusiva*, Universidad de Valencia, 2005.

**García Vicente, J.R.**, «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, n.º 13, pp. 349-362.

**González-Orús Charro, M.**, *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Tirant lo Blanch, 2017.

**Herrero Jiménez, M.**, «Análisis jurisprudencial sobre la indemnización por clientela», *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 13, 2000, pp. 219-234.

**Jarne Muñoz, P.**, «El *intuitu personae* en los contratos de distribución», *Actualidad Civil*, n.º 6, junio de 2016.

**Lascorz Collada, M.ª C.**, «Las causas de extinción de los contratos de distribución comercial», *Tesis Doctoral del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política de Investigación: Derecho mercantil*, Universitat de Barcelona, 2022, véase en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/687322/MCLC_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

**María Dutilh, J.**, «El contrato de franquicia y el concurso de acreedores», en *La franquicia* **Ortega Burgos, E.**, (Dir.), Aranzadi, 2015.

**Martí Miravalls, J.**, *El contrato de Master Franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

**Martínez Sanz, F.**, «La indemnización por clientela de los distribuidores», en *Los contratos de distribución*, **Alonso Ureba, A.**, **Velasco San Pedro, L.A.**, **Alonso Ledesma, C.**, **Echevarría Sáenz, J.A.**, **Viera González, A.J**. (dirs.), La Ley, 2010.

**Martínez Sanz, F.**, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Aranzadi, 1998.

**Mayorga Toledano, M.C.**, *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, Granada, 2007.

**Montserrat, A.**, «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 14, 2008.

**Moralejo Menéndez, I.**, «Concurso de acreedores y contratos de distribución», en *Jurisprudencia y concurso: (estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal)* **García-Cruces González, J.A**. (dir.), Tirant lo Blanch, 2017.

**Moralejo Menéndez, I.**, «La indemnización por clientela en los contratos de distribución», en *Contratos de distribución comercial: garantías personales* **Ávila de la Torre, A.**, **García Vicente, J.R.**, **Vaquero Pinto, M.ª J**. (coords.) **Herrero García, M.ª J.** (dir.), Ratio Legis Librería Jurídica, 2010.

**Paz-Ares Rodríguez, J.C.**, «La indemnización por clientela en el contrato de concesión» en **AA.VV**. *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, 1998.

**Pérez-Cruz Martín, A.J.**, «Novedades en la regulación de la administración concursal tras las modificaciones introducidas en el TRLC por la L. 16/2022, de 5 de setiembre», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 59, 2023.

**Rebollo Díaz, P.**, **De Miranda Vázquez, C.**, *Introducción al Derecho Concursal*, J.M. Bosch, 2023.

**Ruiz Peris, J.I.**, *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000.

**Sánchez Paredes, M.L.**, «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 18, 2009.

**Tirado Martí, I.**, «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 2009.

**Vaquero Pinto, M.ª J.**, «La terminación de los contratos de distribución», en **Herrero García, M.J**. (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, 2010.

**Vázquez Albert, D.**, «La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», en *Los contratos de distribución comercial Novedades legislativas y jurisprudenciales* (**Vázquez Albert, D.** (dir.)), Tirant lo Blanch, 2010.

**Vázquez Albert, D.**, «Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión», *RJC*, n.º 2.

**Zurilla Cariñana, A.**, «Comentario al art. 44», en **Bercovitz Rodríguez-Cano, R**. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004.

# LOS DERECHOS DE LOS TRADUCTORES Y SU DEFENSA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO: ANÁLISIS DE LA STS DE 16 DE MAYO DE 2023

## THE RIGHTS OF TRANSLATORS AND THEIR DEFENCE BEFORE THE SUPREME COURT: ANALYSIS OF THE STS OF 16 MAY 2023

**Begoña Ribera Blanes**
**Profesora Titular Derecho civil, Universidad de Alicante (España)**
*bribera@ua.es*

**SUMARIO**
I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRADUCCIÓN COMO OBRA PROTEGIDA POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL. III. EL DERECHO A TRADUCIR COMO DERECHO EXCLUSIVO DEL AUTOR DE LA OBRA PREEXISTENTE. IV. EL TRADUCTOR COMO AUTOR. V. EL LÍMITE DE CITA. 1. Antecedentes normativos. 2. Regulación vigente. 2.1. Naturaleza de las obras que pueden ser citadas y extensión de la cita. Concepto de fragmento. 2.2 Requisitos para que las citas sean lícitas. La relevancia de la finalidad como elemento clave. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

**Palabras clave:** Traducción de una obra, antología de textos, derecho de reproducción, límite de cita, diferencia entre fragmento y reproducción íntegra
**Keywords:** Translation of a work, anthology of texts, right of reproduction, limit of quotation, difference between excerpt and complete reproduction

**Resumen**: Es bastante frecuente que los traductores vean transgredidos sus derechos de propiedad intelectual por parte de las editoriales sin que la infracción llegue a los tribunales y menos aún ante el Alto Tribunal, nuestro Tribunal Supremo. Esto acontece por diversas razones: los traductores están en una posición de inferioridad respecto a los autores a la hora de negociar con las editoriales; hay mucho intrusismo en su profesión, y, porque, en caso de conflicto, para defender sus derechos han de acudir a la jurisdicción civil, lo que conlleva unas costas procesales elevadas y que, al final, «valga más el collar que el perro». Lo cierto es que es realmente difícil encontrar conflictos que recaigan sobre los derechos de los traductores que hayan llegado al Tribunal Supremo, de ahí la

importancia de esta sentencia, sin quitarle relevancia a su contenido por lo que respecta a determinar el alcance del límite legal de cita. En este caso la editorial incorpora la traducción completa de un cuento a una antología de literatura japonesa sin permiso de su autora, por lo que su conducta no puede ampararse ni en la cita, ni en ninguna de las excepciones a los derechos de autor previstas en la legislación vigente. La incorporación de una obra ajena protegida por la propiedad intelectual, por muy breve que esta sea, y su posterior publicación en una antología de textos sin el permiso del autor supone la infracción de los derechos de propiedad intelectual que recaen sobre la traducción.

**Abstract**: It is quite common for translators to see their intellectual property rights infringed by publishers without the infringement reaching the courts, let alone the high court, our Supreme Court. This happens for several reasons: translators are in an inferior position to authors when it comes to negotiating with publishers; there is a lot of intrusiveness in their profession; and, in the event of a conflict, to defend their rights they have to go to the civil courts, which entails high legal costs and, in the end, «the necklace is worth more than the dog». The truth is that it is really difficult to find disputes involving translators' rights that have reached the Supreme Court, hence the importance of this ruling, without detracting from the relevance of its content in terms of determining the scope of the legal limit on quotations. In this case, the publisher incorporates the complete translation of a short story into an anthology of Japanese literature without the author's permission, which means that its conduct cannot be protected either by quotation or by any of the exceptions to copyright provided for in current legislation. The incorporation of another's copyrighted work, however brief it may be, and its subsequent publication in an anthology of texts without the author's permission constitutes an infringement of the copyright on the translation.

# I. INTRODUCCIÓN

¿Se puede incorporar la totalidad de una obra escrita breve en otra de mayor extensión sin necesidad de contar con la autorización del autor de la primera amparándose en el límite de cita? El caso recientemente resuelto por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2023[39] invita a reflexionar sobre estas y otras cuestiones que afectan a los derechos de los traductores.

En este caso «Rocío»[40] tradujo del japonés al español seis relatos históricos pertenecientes a la obra literaria de Ogai Mori, uno de los dos mayores escritores en prosa de la literatura japonesa junto con su contemporáneo Soseki Natsume, más conocido en Occidente que el anterior al haberse traducido su obra a varios idiomas. Los seis relatos traducidos de Ogai Morai se habían incluido en un libro titulado «El barco del río Takase»

39 ECLI:ES:TS:2023:2286.

40 Aunque la sentencia indica que la demandante era Rocío, basta poner el nombre del libro «El barco del río Takase» en el buscador para averiguar que fue la filóloga española Elena Gallego quien había traducido con gran esmero y acierto una atractiva selección de relatos históricos de Ogai Morai, hasta entonces inéditos en castellano, que contribuían a enriquecer la todavía escasa cantidad de obras literarias japonesas en traducción directa.

publicado en el año 2000 por la editorial Luna Books con el patrocinio de The Japan Foundation. Los seis relatos traducidos fueron: «El barco del río Takase», «El capataz Sansho», «Sakazuki», «La historia de Iori y Run», «La señora Yasui» y «Las últimas palabras». Se seleccionaron estos seis relatos en particular porque en ellos se aúna la riqueza de los detalles históricos a la fina descripción de personajes, ambientes y situaciones que ayudan a familiarizarse con ambientes de épocas pasadas. La traductora puso especial atención en las barreras de comprensión que para el lector moderno podía suponer el lenguaje y las situaciones ambientadas en una sociedad japonesa antigua[41].

Posteriormente, la entidad Cátedra Ediciones (Grupo Anaya S.A) editó el libro titulado «Claves y textos de la literatura japonesa», cuya primera edición data de 2007 y la segunda de 2015. Este libro contiene, entre otros textos, la traducción de la obra «La Historia de Iori y Run»[42] que había realizado y publicado Rocío, sin que conste que la editorial hubiera recabado la autorización de la autora en relación con los derechos de propiedad intelectual derivados de la traducción[43]. Ante estos hechos, Rocío interpuso una demanda de juicio ordinario por la que pidió que se declarara la infracción de sus derechos de propiedad intelectual por parte de Ediciones Cátedra y su condena a: cesar en la reproducción y distribución del libro «Claves y textos de la literatura japonesa», mientras no obtenga la autorización de la traductora; pagar una indemnización de 6000 € por daños morales, 6000 € más el 5 por ciento del volumen total de ventas del libro como indemnización de daños y perjuicios, y subsidiariamente, la cuantía que el juez estimara oportuno de acuerdo con la prueba practicada; así como la publicación de la resolución en un periódico de gran difusión a nivel nacional.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid dictó sentencia con fecha de 19 de julio de 2017 y desestimó la demanda al entender que, la inserción de la *obra* (la cursiva es nuestra) «La Historia de Iori y Run», de 8 páginas, dentro de un libro de 715[44] páginas dedicados al análisis y estudio de la literatura japonesa, con una cita de la autora de la traducción, puede encuadrarse dentro de los límites legales al derecho de reproducción conocido como derecho de cita.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante y la Audiencia provincial de Madrid, mediante sentencia de 25 de julio de 2019, estimó parcial-

41 Así se desprende de la reseña de la obra encontrada en **Watkins, M.**, «Ogai Mori: El barco del río Takase, Luna Books, Tokio, 2000, 141 pp», *Cuadernos CANELA: Revista de Literatura, Pensamiento e Historia, Metología de la Enseñanza del Español como Lengua Extranjera y Lingüística de la Confederación Académica Nipona, Española y Latinoamericana*, nº 11, 1999, pp. 175 ss.

42 En esta historia Ogai utiliza un hecho histórico para mostrar las virtudes ideales de una mujer de familia samurái, capaz de resistir largas penalidades a costa de defender su honor y la recompensa que encuentra.

43 En nuestra jurisprudencia es frecuente encontrar casos en los que las editoriales publican las traducciones sin contar con el permiso del traductor. *Vid*. SSAP Madrid de 17 de noviembre de 2004 AC 2005/87 y 23 de febrero de 2007 JUR 2007/323281.

44 El dato de las 715 páginas es una errata de la transcripción de la sentencia de primera instancia, ya que en el recurso de casación se dice que el libro tenía 141 páginas y esa misma extensión es la que se desprende de la reseña encontrada en **Watkins, M.**, « Ogai Mori: El barco del río Takase, Luna Books, Tokio, 2000, 141 pp».

mente el recurso. La Audiencia analizó el derecho de cita, tal y como se regula en el art. 32.1 LPI y concluyó que la reproducción de la traducción de la demandante en la obra de la demandada no está amparada por este límite legal, pues no se trata propiamente de un fragmento, atendida la finalidad de la obra y, además, ocasiona un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de la titular de la obra derivada que supone la traducción. Así las cosas, declaró que la inserción del relato «La Historia de Iori y Run», tal y como fue traducida por la actora, en el libro «Claves y textos de la literatura japonesa» editado por Grupo Anaya S.A infringe los derechos de propiedad intelectual que corresponden a Rocío. En consecuencia con lo anterior, ordenó el cese de la reproducción y distribución del libro editado por la demandada hasta que obtenga la autorización de la demandante. En lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, la Audiencia desestima la indemnización por daño moral y reconoce una indemnización de 2000€, más el 2 por ciento del beneficio obtenido con la venta del libro «Claves y textos de la literatura japonesa».

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por el Grupo Anaya S.A sobre la base de un único motivo cual es la infracción y aplicación indebida del art. 32.1 LPI y del art. 40 bis LPI, como criterio interpretativo de los límites de la cita, en concordancia con el art. 3.1 CC y la jurisprudencia que lo interpreta. Según la editorial, la inclusión de «La Historia de Iori y Run» en «Claves y textos de la literatura japonesa» está plenamente justificada y expone diferentes razones para argumentarlo. En primer lugar, porque se incorpora a título de cita un relato de 7 páginas a la que la editorial denomina «fragmento» que se extrae de una obra que consta de 141 páginas («El barco del río Takase») al capítulo 11 del libro «Claves y textos de la literatura japonesa», capítulo dedicado a «La modernidad: Soseki y Ogai», para poder valorar la obra de Mori Ogai. En segundo lugar, según la recurrente, hay que tener en cuenta que la inclusión del fragmento se realiza con una nota al pie de página en la que se refiere el libro del que está extraído el «fragmento», el autor y la traducción de Rocío, la editorial y el año de publicación, así como las páginas del libro. En tercer lugar, según la recurrente, la inclusión del fragmento está dentro de lo que se entiende por «uso honrado» porque la traducción no se había publicado nunca aisladamente, por lo que entiende que el uso no atenta contra la explotación normal de la obra y que beneficia a la traductora. Por último, aduce la recurrente que la obra que incorpora el relato tiene un carácter crítico, de investigación y docente y que el texto reproducido pretende servir de muestra de la obra de uno de los patriarcas de la literatura japonesa moderna, de su forma de escribir, de los temas que le interesaban, de su estilo, etc., por lo que afirma que la inclusión de la traducción obedece a razones académicas.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la editorial demandada al afirmar que en el presente caso la reproducción íntegra de «La Historia de Iori y Run», aunque ocupe unas pocas páginas en relación con la totalidad de la obra publicada, constituye una unidad totalmente independiente que no puede considerarse un fragmento de otra obra. Además, la inclusión no se produce con la finalidad de reseñar, analizar, comentar o criticar el texto, sino que la reproducción se incorpora a una antología de textos cuya finalidad es la comunicación. El propio título de la obra de la demandada («Claves y textos de la literatura japonesa»), donde se realiza la inclusión de la obra traducida por la demandante, expresa la pretensión del libro: una explicación de la literatura japonesa que se ilustra y complementa con la transcripción de textos que se consideran muy representativos. Por todo lo expuesto, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia de la Audiencia.

# II. LA TRADUCCIÓN COMO OBRA PROTEGIDA POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Con carácter previo conviene considerar que los hechos que sirven de base a esta contienda se basan en la reproducción y distribución inconsentida de la traducción de un cuento. Según la OMPI, «la traducción es la expresión de obras escritas u orales en un idioma distinto al de la versión original»[45]. Ha de tenerse en cuenta que la traducción no puede afectar a cualquier obra, solo a aquellas que utilizan el lenguaje como medio de expresión en todo (obra literaria) o en parte (una película, un cómic)[46]. La traducción es una obra nueva que resulta de la transformación de una obra preexistente. Una obra nueva y distinta de la anterior que merece protección si es original. La originalidad se ha venido entendiendo en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo, la originalidad se ha asimilado a la novedad, si bien entendida en un doble sentido. Por un lado, como novedad subjetiva, es decir, si una persona realiza una obra igual a la ya realizada por otra persona anteriormente, siempre que no conociera la existencia de dicha obra, la suya se protege porque no ha tenido voluntad de copiar la obra ajena (por ejemplo, una traducción anterior de la misma obra traducida), aunque las dos obras sean iguales. Por otro lado, como novedad objetiva, en el entendimiento de que lo que es igual a lo anterior no se protege porque la obra nueva ha de aportar algo nuevo o distinto[47].

Desde un punto de visto subjetivo, la obra es original cuando sea una creación propia de su autor en la que haya plasmado su impronta. Este criterio de originalidad subjetiva considera suficiente desarrollar una actividad de carácter creativo para que el resultado de la misma (la obra) esté impregnado de la impronta personal del creador y pueda ser considerado original.

En el caso de las traducciones la originalidad es más difícil de determinar ya que, por un lado, se exige una mínima altura creativa para el autor de la traducción[48] y, por otro lado, la traducción ha de guardar fidelidad a la obra traducida. Efectivamente, la traducción

45 Glosario de la OMPI de 1981 voz 253.

46 Este empleo del lenguaje como medio básico (si bien, no necesariamente exclusivo) de expresión será lo determinante para que la obra original pueda ser objeto de traducción. No será posible la traducción de una obra pictórica, escultórica o arquitectónica, tampoco la de una pieza musical o un perfume, pues su comprensión se agota en la simple apreciación de la obra. En cambio, sí podrán ser objeto de traducción otras obras compuestas por elementos lingüísticos (aunque sea parcialmente), tales como una película, un cómic, una presentación audiovisual…, Olmedo Peralta, E., «La propiedad intelectual de las traducciones», *ADI*, 34, 2013-2014, p. 213.

47 El criterio de originalidad objetiva considera que una actividad creadora se encuentra protegida por el derecho de autor únicamente en la medida en que genere obras objetivamente nuevas.

48 Advierte López Sánchez que se exige un determinado índice de altura creativa que no siempre resulta fácil de fijar, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 69.

mecánica y literal no se considera obra protegida porque no hay aportación creativa por parte del traductor, ya que cualquier persona que tradujese la obra llegaría al mismo resultado, por lo que no habría traducción sino mera reproducción de la obra preexistente[49]. El traductor ha de tener la sensibilidad, la preparación y el conocimiento necesarios para expresar de la manera más fidedigna aquello que el autor de la obra de origen quiso transmitir. Ha de respetar al máximo el pensamiento del autor y para transmitirlo deberá emplear los giros, las construcciones gramaticales y las perífrasis que sean necesarios[50]. No cabe duda de que la originalidad de la traducción también depende de la originalidad de la obra traducida[51], ya que no es lo mismo traducir un poema, pues en este caso el traductor no solo ha de dominar el idioma de destino sino también la rima y la métrica, que traducir una novela o una tesis doctoral. En definitiva, en materia de originalidad podemos distinguir entre las obras absolutamente originales y las obras relativamente originales. La traducción es una obra relativamente original, es original en su forma de expresión[52], pero teniendo como límite el deber de fidelidad, de ahí que el traductor no pueda suprimir fragmentos ni añadir otros; ni cambiar el sentido de las palabras, ni el orden de las frases. En definitiva, el contenido y la estructura deben permanecer intactos.

La cuestión de la originalidad de las traducciones llegó a nuestro Alto Tribunal con ocasión de la sentencia de 29 de diciembre de 1993[53]. En este caso el autor de la traducción al castellano de la obra teatral «Julio César» de William Shakespeare demandó al autor de otra versión posterior de la misma obra que incorporaba parcialmente la traducción realizada por el demandante. En este caso, el Tribunal considera que existen coincidencias cualitativa y cuantitativamente significativas entre la versión del demandado y la traducción del autor, que se exteriorizan en los parafraseos, estructuras sintácticas, similitud léxica y verbal, así como que *en la traducción del demandado parece que no hay una verdadera aportación original* (la cursiva es nuestra), hechos estos de los que no cabe llegar a otra conclusión que la de que el demandado, quien admite haberse servido de la traducción del actor para realizar la adaptación teatral de la obra del autor inglés, reprodujo, en parte, la del demandante.

La doctrina más autorizada considera que la condición de obra de la traducción puede derivar sin más del art. 10.1 LPI que abarca «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte», pero por si hubiera dudas[54],

49 Como ejemplo en el que no se aprecia una mínima altura creativa puede verse la SAP Madrid 28 de octubre de 2013 JUR 2014/10009.

50 Es precisamente en esa labor de tener que decidir entre las diversas posibilidades de expresar la obra preexistente donde recae la creatividad del traductor. Si pusiéramos a dos traductores a trabajar sobre un mismo texto, los resultados serían diferentes, **Casas Vallés, R.**, «El estatuto jurídico del traductor», *II Jornadas sobre el derecho de propiedad intelectual de los escritores en la práctica*, Madrid, 1997, nº 5, p. p. 80.

51 El lenguaje empleado por las obras científicas exige literalidad en su traducción, por lo que la aportación creativa tendrá una extensión reducida; en cambio, las obras literarias de carácter artístico admiten una cierta interpretación por parte del traductor, lo cual implicará mayor participación por su parte, **Olmedo Peralta, E.**, *op.cit.*,, p. 214.

52 *Vid.* por todos **Carbajo González, J.**, «La nueva regulación española en materia de Propiedad Intelectual (II)», *AC*, nº 39, 1989 (891), pp. 3046-3047.

53 RJ 1993/10161.

54 **Casas Vallés, R.**, *op.cit.*, p. 80.

el art. 11 LPI hace referencia de forma expresa a las traducciones al establecer que «sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original[55], también son objeto de propiedad intelectual: 1.º Las traducciones y adaptaciones». El precepto es congruente con el art. 2.3 del Convenio de Berna de 1886 (revisión de París 1971), según el cual, «Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos de autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística». De nuevo puede apreciarse que el texto legislativo es incorrecto porque ambas obras son originales, si bien unas son absolutamente originales y otras relativamente originales. De este modo, las obras derivadas son relativamente originales[56].

La traducción será obra si es original, siendo irrelevante que la traducción sea buena o mala, que el idioma de origen o de destino sea fácil o difícil, que la utilidad sea una u otra, e incluso, que se haya fijado en un soporte o no, de ahí que las traducciones orales, aunque sean simultáneas y, por tanto, más espontáneas, puedan ser perfectamente obras. Aun siendo original se puede privar de la condición de obra a la traducción cuando se impone un interés superior de facilitar al máximo el acceso del público a la información que contiene la traducción. Tal es el caso del art. 13 LPI, según el cual, «No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores». Según el precepto, las traducciones oficiales[57] de los textos mencionados no serán protegidas como obras, pero hay que advertir que la desprotección afecta solamente a las traducciones realizadas por órganos públicos porque la traducción privada de un documento oficial sí que está protegida como obra.

En nuestro caso lo que se reproduce e inserta en una antología de textos es un cuento escrito en japonés que se traduce al castellano por la señora Rocío, por lo tanto, la traducción afecta a una obra literaria. En el procedimiento ninguna de las partes se plantea que la traducción pudiera no ser una obra protegida por la propiedad intelectual. De hecho, se da por sentado que la traducción era obra y que se podían haber infringido los derechos de reproducción y distribución del autor (traductor). Sin embargo, es jurisprudencia reiterada del TJUE que ante cualquier posible infracción de derechos de propiedad intelectual lo primero que hay que averiguar, con carácter preliminar, es si los hechos recaen sobre una creación intelectual merecedora de protección[58]. Para que la creación pueda califi-

55 Hubiera sido mejor decir obra preexistente u obra traducida porque en realidad tanto las obras traducidas como las traducciones son originales, aunque las primeras sean obras absolutamente originales y las segundas sean obras relativamente originales como se ha dicho en líneas anteriores.

56 **López Sánchez, C.**, *op. cit.*, p. 70.

57 **Casas Vallés, R.**, se plantea el exacto significado que merece el término «traducción oficial». Según este autor es evidente que queda fuera de ese concepto cualquier traducción de material no protegido llevada a cabo por un particular o empresa *motu proprio*. Sería el caso de no pocas leyes y sentencias traducidas del castellano al catalán por iniciativa privada. El problema se plantea más bien con traducciones patrocinadas o encargadas por entes públicos. ¿Son todas ellas oficiales? Seguramente, no. Solo pueden considerarse oficiales aquellas traducciones a las que se reconozca, por quien tenga competencia para ello, la eficacia propia del texto traducido, *op.cit.*, p. 82.

58 Sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening

carse como obra han de concurrir simultáneamente dos requisitos. Por un lado, que sea original, en el sentido de constituir una creación propia de su autor, aunque para ser más exactos y teniendo en cuenta lo que se ha dicho en líneas anteriores sobre obras derivadas, bastará con que la obra sea relativamente original por esa relación de servicio que debe existir entre la obra traducida y la traducción y, por otro lado, que la calificación de obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación original, en este caso, al lenguaje como vehículo de expresión. El TS da por hecho que la traducción es original y, en consecuencia, que está protegida por la propiedad intelectual. No se plantea ni se recrea en analizar si era original o no, si era de calidad o si el idioma de origen es difícil (que sin duda lo es). Desde nuestro punto de vista, la traducción era original, ya que se trata de un relato histórico que utiliza lenguaje antiguo y está ambientado en una sociedad japonesa que poco tiene que ver con la actual.

# III. EL DERECHO A TRADUCIR COMO DERECHO EXCLUSIVO DEL AUTOR DE LA OBRA PREEXISTENTE

Según el art. 21.1 LPI, «la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente». La traducción es una modalidad del derecho exclusivo de transformación. Es, junto a la adaptación, la forma más clásica y tradicional de transformar una obra preexistente. Aunque se suele hablar del «derecho de traducción», se trata, en realidad de una modalidad o facultad del derecho de transformación. Es el autor de la obra preexistente quien tiene el derecho exclusivo de traducir la obra el mismo o autorizar que un tercero la traduzca. Esta forma de entender el derecho concuerda con el art. 8 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 (revisión de París 1971), según el cual «Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el derecho de autor gozarán del derecho exclusivo de hacer uso o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original». También es congruente con el art. V.1 de la Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952 sobre los derechos de autor que reconoce que «el autor tiene el derecho exclusivo de hacer, de publicar o de autorizar que se haga y se publique una traducción».

Al tratarse de una modalidad de un derecho exclusivo, solo el autor puede autorizar la traducción de su obra. Durante mucho tiempo se pensó que ser traducido era un honor y que no hacía falta pedir permiso al autor[59]. En la actualidad, no se duda de que

(asunto C-5/08); Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Eva María Painer c. Standard Verlags GmbH y otros (asunto C-145/10); Sentencia de 7 de agosto de 2018, Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff (asunto C-161/17); Sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV (asunto C-320/17).

59 Tanto en la Ley de 5 de agosto de 1823, como en la Ley de 10 de junio de 1847 la traducción es libre, esto es, no se reconoce un derecho general de traducción al autor. Hubo que esperar a la promulgación de la Ley de 10 de enero de 1879 para que el permiso del autor fuera necesario para traducir su obra.

la autorización del autor es necesaria. Solo se puede prescindir de ella si el traductor solo quiere realizar una traducción privada de la obra preexistente para su propio uso personal[60]. Dicha traducción privada no podrá divulgarse sin el consentimiento del autor de la obra traducida. Tampoco se requerirá el consentimiento del autor si la obra que se quiere traducir está en dominio público, ya que en ese caso la obra podrá ser libremente traducida por cualquier persona, siempre que se respete la paternidad e integridad de la obra[61]. Sin embargo, lo más habitual es encontrarnos con que la traducción que se quiere hacer recaiga sobre una obra cuyos derechos de autor estén vigentes (vida del autor más setenta años después de su muerte según el art. 26 LPI) y que no se quiera hacer un mero uso personal de la misma, sino que se pretenda la divulgación de la traducción a terceros. En este caso, el autor de la obra preexistente ha de autorizar la traducción. Una misma obra puede ser traducida por personas distintas siempre que todas ellas cuenten con la autorización del autor de la obra preexistente[62]. Dicha autorización tiene lugar mediante una licencia o cesión del derecho de transformación en la modalidad de traducción que debe ajustarse a lo previsto en los artículos 43 y siguientes de la LPI y ser lo más precisa posible en cuanto a los idiomas a los que se va a traducir la obra y los derechos patrimoniales que se ceden para la explotación posterior de la traducción que se haga.

El autor puede autorizar directamente a un traductor para que traduzca y explote su obra, pero lo más habitual es que el autor autorice a la editorial la traducción de su obra en determinados idiomas y sea la editorial la que busque a los traductores y celebre contratos con ellos.

A partir de que se obtenga la autorización y se realice la traducción habrá dos obras en juego: la obra preexistente y la traducción, ambas protegidas por el derecho de autor y cuyos derechos han de compatibilizarse[63]. A esta cuestión hace referencia el art. 21.2.º LPI, según el cual, «Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponden al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de estos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación». Del precepto se infiere que el autor que esté autorizado para traducir tendrá los derechos de autor sobre la traducción, siempre que esta supere el estándar de originalidad, pero las formas concretas de explotación de la traducción deben haber sido autorizadas previamente por el autor de la obra traducida y este debe participar en los resultados de la explotación de la traducción en la proporción previamente acordada. En el caso de que se realice y explote la traducción obviando la autorización del autor de la obra preexistente o los

60 El autor no puede impedir que otros transformen su obra incluyendo que la traduzcan sin el propósito de explotar o difundir la traducción: la libertad de expresión e investigación prevalece sobre monopolio del titular del derecho que no alcanza a los usos privados. El titular del derecho no puede impedir que una persona traduzca una obra ajena; lo que puede impedir es su uso colectivo o comercial, **Rodríguez Tapia, J.M.**, «Artículo 21», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2007, pp. 178 y 179.

61 Cualquier traducción de una obra, aunque haya caído en el dominio público, supone el ejercicio de un esfuerzo intelectual por parte del traductor, que origina una nueva creación merecedora de protección intelectual, **Olmedo Peralta, E.**, *op. cit.*, p. 217.

62 *Vid*. SAP Madrid de 18 de mayo de 2000 JUR 2000/279272.

63 Lo más característico de la traducción es la presencia en ella de dos autores (traductor y traducido).

derechos que le corresponden como autor de la obra, se incurre en una infracción del derecho de autor que recae sobre la obra preexistente que puede dar lugar a que el autor o sus herederos puedan emprender acciones de cesación contra la comercialización de la obra traducida y reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a tenor de los arts. 138 a 141 LPI.

Del caso que sirve de base a esta sentencia se desprende que no fue Ogai Mori quien tradujo del japonés al español el cuento que es objeto de la controversia, sino la demandante Rocío. Por lo tanto, el autor no ejercitó el derecho a traducir su propia obra, al menos en lo que a la versión española de este cuento respecta. El autor falleció en 1922 y la ley de derechos de autor vigente en ese año fue la Ley de Derechos de Autor de Japón de 1899 que establecía un plazo de protección de derechos de autor de 30 años desde la fecha de la muerte del autor. Por lo tanto, todo parece apuntar que la obra de Ogai Mori entró en dominio público en el año 1952. A partir de esa fecha, no hacía falta ninguna autorización de los sucesores de Ogai Mori para que su obra fuera traducida. Su obra podía ser traducida por cualquiera siempre que se respetasen los derechos morales de integridad y paternidad de la obra. Fue en el año 2000 cuando la editorial Luna Books publicó el libro «El barco del río Takase» que incluía el cuento de Ogai Mori «La Historia de Iori y Run» traducido del japonés al español por Rocío. Desconocemos si fue la editorial Luna Books la que tuvo la iniciativa de seleccionar y contratar a Rocío para que tradujese el cuento y después explotar la traducción a través de la edición del libro (contrato de traducción) o si fue Rocío quien tuvo la iniciativa de traducir y explotar la traducción (contrato de edición). En cualquier caso, la autoría de la traducción del cuento no se pone en duda y se atribuye en exclusiva a la demandante Rocío.

# IV. EL TRADUCTOR COMO AUTOR

El autor es la persona natural que crea la obra derivada que constituye la traducción y adquiere los derechos de autor por el mero hecho de la creación de la obra, según el art. 5.1.º LPI. Se presume autor, salvo prueba en contrario, quien aparezca como tal en la obra mediante su nombre, firma o signo que lo identifique. El traductor tiene derecho a divulgar la traducción de forma anónima o bajo seudónimo, sin perder por ello los derechos de autor que le correspondan sobre la traducción (art. 6.2.º LPI). En ocasiones, el editor introduce modificaciones en la traducción con las que no está de acuerdo en absoluto el traductor. Aunque esta circunstancia supone una vulneración del derecho a la integridad de la obra del que es titular el traductor, es bastante habitual que esto se produzca y que el traductor decida que la traducción se publique de forma anónima o bajo seudónimo.

No hace falta que el traductor registre la traducción para que esta será merecedora de protección, ya que en nuestra legislación el registro es voluntario y tiene fuerza declarativa: se declara que existe una obra y quién es su autor. La inscripción genera una presunción *iuris tantum* que puede destruirse mediante prueba en contrario. Tampoco se precisa que la traducción se fije en un soporte, basta que se cree y se exprese. En principio las traducciones orales y simultáneas también están protegidas. Una vez hecha la traducción, la Ley atribuye al traductor todos los derechos que reconoce a los autores: derechos morales (por ejemplo, el traductor puede optar por retirar del mercado una traducción

antigua que ya no le guste indemnizando o puede pedir acceder al ejemplar único de la traducción si no guardó copia de la misma cuando entregó el original a la editorial), derechos patrimoniales y derechos de simple remuneración.

La traducción es una obra independiente y autónoma de la obra traducida, por lo que gozará de su propio plazo de protección que abarca la vida del autor más 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento, según el art. 26 LPI. Por lo tanto, no se puede asociar el periodo de protección de la obra traducida al de su traducción, ya que la obra traducida puede estar en dominio público, pero la traducción de la misma obra puede tener vigente la protección. Con lo cual, se podrá hacer una nueva traducción de la obra traducida sin pedir consentimiento al autor porque está en dominio público, pero no se podrá usar la traducción de la misma obra si tiene derechos vigentes sin pedir la autorización del traductor, salvo que el uso que se pretenda hacer de la traducción esté amparado en algún límite.

En nuestro caso no cabe duda que fue Rocío quien abordó la traducción y a ella deben atribuirse los derechos de autor. La versión original en japonés del cuento está en dominio público, lo que quiere decir que puede ser libremente traducida por cualquiera siempre que se respete la paternidad e integridad de la obra. A Rocío no le hizo falta el permiso del autor para traducir su obra. Mientras que la obra traducida está en dominio público (la versión original en japonés del cuento), la traducción al español tiene la protección vigente, ya que la traductora está viva y se aplica el art. 26 LPI que establece un plazo de protección de vida del autor más 70 años a contar desde su muerte o declaración de fallecimiento. Aunque la obra traducida esté en dominio público, es necesario respetar los derechos del traductor mientras esté vigente la protección. Recordemos que a los traductores se les atribuyen los mismos derechos que a los autores, por tanto, Rocío ostenta sobre la traducción derechos morales, derechos patrimoniales y derechos de simple remuneración. Si la editorial Ediciones Cátedra quería hacer uso de la versión española del cuento «La Historia de Iori y Run», tenía que haberle pedido permiso a Rocío y haberle remunerado por utilizar su obra. Sin embargo, decidió, sin contar con su autorización, incluir la versión española del cuento íntegro en una antología de textos, lo que suponía una infracción clara tanto del derecho de reproducción como del derecho de distribución que se atribuyen a la traductora.

# V. EL LÍMITE DE CITA

## 1. Antecedentes normativos

La cita es una de las excepciones o límites al derecho de autor que mayor trascendencia ha tenido desde una perspectiva global, lo que ha provocado que su presencia sea indiscutible en el articulado de todas las leyes que regulan los derechos de autor en los diferentes sistemas jurídicos. No en vano Colombet la calificaba como «una excepción clásica»[64], a diferencia de otras excepciones que solo aparecían en ciertas leyes. Ahora

64 *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, Madrid, 1997, p. 70.

bien, en cada una de las legislaciones la regulación ha sido distinta y, aunque se parte de un denominador común, los requisitos que acompañan al límite en la legislación de cada país no son plenamente coincidentes[65].

Por lo que respecta a la legislación española, el límite de cita estaba ya regulado en el art. 7.1.º de la LPI de 1879, según el cual «Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición, pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas, incluyendo solo la parte del texto necesario al objeto».

Lo primero que llama la atención del precepto es que empieza con una prohibición absoluta para después dejar la puerta abierta a la posibilidad de comentar, criticar y anotar obras ajenas tomando de ellas lo estrictamente necesario para ese comentario, crítica o anotación tengan sentido. Del precepto se desprende que el legislador de 1879 parte de una visión restringida del límite de cita lo que se deduce de varios elementos. En cuanto a los derechos afectados, el legislador solo se refiere a «reproducir» en el sentido de que la excepción solo puede afectar al derecho de reproducción y no a otros derechos como el de distribución y el de comunicación al público. En lo que respecta a las obras que pueden ser citadas, el texto legal utiliza los términos «edición» y «texto», dando a entender que la cita solo puede referirse a obras literarias que estuvieran impresas, dejando de lado, por ejemplo, a las obras musicales y artísticas. Por lo que respecta a la finalidad de la cita solo se puede perseguir el comentario, la crítica o la anotación y para lograrla solo se puede reproducir «la parte del texto necesario», lo que ha sido interpretado por la doctrina como que solo se pueden utilizar fragmentos de obras ajenas con esos propósitos. De este modo, la reproducción textual de una parte de la obra de un tercero sin el comentario, la crítica o la nota pertinente supone la vulneración del art. 7 de la LPI de 1879. Aunque el legislador no utilice el concepto de «fragmento» si se refiere a «parte del texto» ajeno, con lo que parece claro que su voluntad es que se utilicen fragmentos cortos de obras literarias al amparo del límite de cita.

Por lo que a nosotros nos interesa, se ve claramente que en la LPI de 1879 la cita no puede comprender nunca el texto íntegro de una obra, sino solamente una parte del mismo. Lo dice categóricamente el primer inciso del precepto, ni siquiera con el pretexto de anotar, adicionar o mejorar una edición se puede reproducir totalmente la obra ajena sin permiso de su autor. Solamente se puede reproducir una parte del texto ajeno sin autorización del creador si la reproducción va acompañada de su correspondiente

65 La reglamentación de este límite en las legislaciones nacionales ha seguido tendencias diversas. Mientras que los países continentales de Europa, miembros de la Convención de Berna, han adoptado el método de establecer reglas precisas para el ejercicio de la excepción de cita, el derecho británico ha hecho un uso amplio de la noción de *fair dealing* para juzgar las situaciones en las que este derecho se puede ejercitar, **Wistrand, H.**, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses ouvres*, París, 1968, p. 150. Incluso entre los países continentales las diferencias son importantes. Por aquel entonces el derecho alemán concebía la cita de forma mucho más amplia que el derecho francés, Ribera Blanes, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, 2002, p. 252.

comentario, crítica o anotación y no se puede reproducir cualquier parte del texto, sino exclusivamente aquella parte que sea imprescindible para lograr el objetivo perseguido que ha de ser el previsto por la norma[66].

Es relevante que ya en ese momento la doctrina entendiera, por si había alguna duda al respecto, que el art. 7.1.º de la LPI de 1879 no daba cobijo a la elaboración de crestomatías[67] (ahora utilizaríamos más bien el término antologías) o colecciones de escritos selectos destinados a la enseñanza[68], siendo irrelevante que lo así compilado fueren partes de obras literarias o pequeñas obras completas porque lo que aquí faltaba era precisamente la finalidad exigida por la norma de comentar, criticar o anotar, al tratarse de una mera recopilación de una selección de obras.

La regulación vigente del límite de cita difiere de lo que preveía el art. 7.1.º de la LPI de 1879 y ello se debe en parte al Convenio de Berna. La primera vez que este Convenio aportó una regulación general del límite de cita fue en el texto de Estocolmo de 1967, pero el texto que se consolidó fue el del art. 10 de la Convención de Berna en la versión del Acta de revisión de París de 1971. El precepto establece que «Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa». Debe tenerse en cuenta que este texto no coincide con el del art. 10 de la versión de Bruselas de 1948 que empleaba la noción de «citas cortas» y que desapareció de la versión de París. El Grupo de Estudio del artículo 10 propuso suprimir el término «cortas» y sustituirlo por una disposición que estableciera que las citas serían admitidas a condición de que fuesen conformes a los usos honrados y se hicieran en la medida justificada por el fin perseguido. La redacción de Bruselas contenía una regulación sumaria del derecho de cita, ya que el calificativo de cortas impedía su aplicación a todos los tipos de obras.

De los tres párrafos que componen el texto del precepto del Acta de París se deduce que la licitud de la cita precisa el cumplimiento de cuatro requisitos: a) que la obra citada se haya divulgado lícitamente; b) que la cita sea conforme a los «usos honrados»; c) que la cita se haga en la medida justificada por el fin perseguido y d) que se mencione la fuente y el nombre del autor.

---

66 Lo que llama la atención es que el precepto no exija que la reproducción de la parte del texto ajeno vaya acompañada de la correspondiente mención del nombre del autor y de la fuente. Aunque no lo requiera expresamente la norma, la doctrina no ha dudado de su exigencia, **Álvarez Romero, C.J.**, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Madrid, 1969, p. 116.

67 Según el Diccionario de la Real Academia Española, la crestomatía es una colección de escritos selectos para la enseñanza.

68 En este sentido **Rogel Vide** expone que de la primera parte del precepto se deduce que la cita ha de reducirse a cortos fragmentos de una obra literaria, que parece que han de ser comentados, sin comprender la plasmación de obras artísticas ni, mucho menos, la inclusión de partes de obras literarias o de pequeñas obras completas de esta índole en crestomatías o colecciones de escritos selectos destinados a la enseñanza, «Notas sobre el derecho de cita de obras literarias o artísticas», *La Ley*, 1984-4, p. 980.

Con carácter general puede afirmarse que los requisitos mencionados están presentes no solo en la regulación de la cita que hace nuestra Ley de Propiedad Intelectual, sino también la mayoría de las legislaciones de derechos de autor. El único requisito que no está presente en nuestra legislación es la alusión a los usos honrados. Este término hace alusión al *fair use* americano o *fair dealing* anglosajón, lo que revela la intención de referirse a lo normalmente admisible, lo razonable, lo que no se opone al sentido común. Se trata de un concepto que admite una interpretación amplia, no solo desde el punto de vista doctrinal, sino también jurisprudencial[69]. La doctrina ha sentado algunos criterios a tener en cuenta para considerar que el uso es honrado: la obra citada no ha de constituir una finalidad en sí misma, sino que debe servir de apoyo a una opinión o ilustrar una tesis; la cita no puede suplir la adquisición de la obra citada, más bien el contrario, debe incitar a conocer mejor la obra original y, por último, la cita no puede atentar contra la explotación normal de la obra citada, ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, tal y como señala el art. 9.2.º del Convenio de Berna.

## 2. Regulación vigente

Posteriormente, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual incorpora el límite de cita en el art. 32.1.º[70]. Como el precepto es prácticamente idéntico al del texto legislativo vigente conviene analizar este último. Según el art. 32.1 LPI, «Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada».

Como punto de partida debe resaltarse que nuestro legislador no se ocupe de definir lo que entiende por cita, aunque la doctrina entiende por ella la reproducción de extractos de una obra ajena para incluirlos en una obra propia[71], partiendo de la base de que esos contenidos ajenos estén protegidos por la propiedad intelectual. Si observamos el precepto vemos que el legislador se centra, en sus primeras palabras, en determinar la naturaleza de las obras que pueden ser citadas (obras literarias, obras musicales, obras audiovisuales, obras de artes plásticas…) y establecer un tratamiento distinto de lo que se

69 Nuestra jurisprudencia ha entendido que para saber si el uso es honrado hay que tener en cuenta cuatro factores: a) el destino y el carácter del uso y, principalmente, la naturaleza comercial de aquél o su destino a fines no lucrativos; b) la naturaleza de la obra protegida; c) el volumen y la importancia de la parte utilizada con relación al conjunto de la obra protegida; y d) la influencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor.

70 Sobre el avance que supuso esta ley para los traductores y sus derechos puede verse **Mollá, J.**, «Las obras derivadas en el derecho español, con especial consideración de las traducciones», *Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000: I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, **Delgado Porras** (coord.), vol. 1, 1991, pp. 561-568.

71 *Vid.* **López Maza, S.**, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Madrid, 2017, p. 623; **Saiz García, C.**, «Artículo 32. Citas y reseñas de ilustración con fines educativos o de investigación», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, **Palau, F.** y **Palao, G.**, Valencia, 2017, p. 525.

puede citar según el tipo de obra (fragmentos en unos casos y obras aisladas en otros), para posteriormente exigir ciertos requisitos para que las citas sean lícitas (obras divulgadas, a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico con finalidad docente o investigadora y siempre que se indique la fuente y el nombre del autor).

### 2.1 Naturaleza de las obras que pueden ser citadas y extensión de la cita. Concepto de fragmento

Respecto a la primera cuestión, es importante señalar que, a diferencia de lo que ocurría en la LPI de 1879 que circunscribía el límite de cita a las obras que estuvieran impresas, el precepto actualmente vigente admite la cita de cualquier tipo de obra. Enumera los tipos de obras más comunes (obras literarias, musicales, audiovisuales, plásticas, fotográficas), lo cual no quiere decir que solo puedan citarse las obras que menciona, pues hay que entender que no se trata de una enumeración exhaustiva o de *numerus clausus*, sino ejemplificativa o de *numerus apertus*. Lo que no se determina es cuál debe ser la naturaleza de la obra que incorpora la cita, por lo tanto, deberá entenderse que cualquier tipo de obra podrá contener citas de obras de cualquier naturaleza[72]. En nuestro caso lo que se reproduce es un cuento, por lo que el relato entraría dentro del concepto de «obra de naturaleza escrita». Se trataría de una obra literaria, que además en este caso se expresó por escrito, lo que se predica tanto de la obra traducida como de la traducción posterior que elabora la demandante.

Lo que llama la atención es que el legislador distingue entre las obras de naturaleza escrita, sonora y audiovisual y las obras de artes plásticas, fotográficas o análogas. De este modo, mientras que de las primeras solo pueden incorporarse «fragmentos» (ahora sí que utiliza expresamente este término) en la obra propia del que cita, las segundas pueden incluirse íntegras siempre que se trate de obras «aisladas». Este diferente tratamiento de las obras que pueden ser citadas no puede deducirse del art. 10 del Convenio de Berna, ya que, como hemos visto, el texto del Convenio no establece ninguna distinción al respecto. Tampoco puede afirmarse que el legislador español haya sido original y novedoso en este aspecto, puesto que el diferente tratamiento de las obras que pueden ser citadas puede observarse en las legislaciones de derechos de autor de otros países anteriores a la nuestra[73]. Lo que está claro es que al amparo del límite de cita solo pueden reproducirse en su integridad las obras plásticas, las fotográficas y otras de naturaleza análoga a estas.

Precisamente esta cuestión del *quantum* de lo que se puede citar fue objeto de debate durante el *iter* parlamentario de la norma. El Proyecto rezaba así: «Es lícita la inclusión en una obra propia de la totalidad o parte de otra ajena ya divulgada a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada».

72 Lledó Yagüe, F., «Artículos 31-32», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Madrid, 1989, p. 512.

73 Sirva de ejemplo el parágrafo 51 UrhG que considera lícita la inclusión de fragmentos de obras literarias y musicales, mientras que si se trata de obras científicas independientes pueden incluirse obras aisladas para clarificar su contenido.

Se propusieron algunas enmiendas con el fin de eliminar el término «totalidad» del texto legal, ya que su presencia podría validar la inclusión de obras completas, lo cual entraría en conflicto con el propósito mismo de la cita[74]. La interpretación literal de esta disposición podría resultar en graves infracciones de los legítimos derechos de los autores de las obras citadas. Sin embargo, la eliminación del término «totalidad» significaría que todas las obras tendrían que ser citadas en forma de fragmentos, lo cual plantearía problemas significativos en el contexto de las obras artísticas, ya que la reproducción parcial de estas no sería capaz de transmitir una visión completa de la obra y podría dañar su integridad.

En última instancia, se decidió suprimir el término «totalidad» y reformular el texto con el objetivo de establecer una distinción en cuanto a la manera de citar obras de terceros; permitiendo la cita de forma fragmentaria en algunos casos y en su totalidad en otros, dependiendo de la naturaleza de la obra en cuestión. Las obras literarias, sonoras o audiovisuales no podrán ser citadas en su totalidad; sin embargo, las obras de carácter artístico o fotográfico sí podrán ser reproducidas en su totalidad.

Así las cosas, cuando se trata de obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, solo se permite la inclusión de partes o fragmentos. Esta condición ha sido refrendada por nuestra jurisprudencia desde la entrada en vigor de la norma tal y como se desprende la resolución de un caso en el que los alumnos de la Universidad de Zaragoza habían adquirido fotocopias de obras enteras que se habían reproducido sin contar con el consentimiento de los autores[75]. El Tribunal advirtió que el límite de cita, tal y como está regulado en el art. 32.1.º LPI, no podía aplicarse por varias razones: no había finalidad docente o investigadora por parte del alumnado; se había incumplido el límite cuantitativo establecido por la norma, pues esta solo permite la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas, no la copia entera de las mismas, y, por último, fallaba además el requisito de incorporar los fragmentos de la obra ajena en la obra propia, ya que esta no existía.

El número de extractos susceptible de ser citado no viene indicado en el precepto y dependerá en gran medida de la naturaleza de la obra y de la finalidad que se pretende conseguir. Hay ciertos tipos de obras que requieren mayor número de citas que otras. Pensemos, por ejemplo, en una tesis doctoral, en una obra histórica, en una biografía o en cualquier obra científica. Esta clase de obras necesita aportar las opiniones, los datos, las teorías que ya se han manifestado sobre determinadas cuestiones que constituyen el punto de partida de la segunda obra.

En el caso objeto de estudio se observa que se reproduce íntegramente la traducción del japonés al español de «La historia de Iori y Run». Se trata de una narración breve o

74 Lo que acaso quepa admitir al hacer la crítica o el comentario de una obra artística (que es la reproducción de la obra ajena en su totalidad), resultaría siempre desmesurado y fuera de todo uso aceptable, tratándose de una obra literaria, y el texto de este artículo 32 del Proyecto, al no establecer ninguna distinción, parece permitirlo sin más, que la reproducción de la obra en su integridad tenga por objeto su comentario o juicio crítico y se haga con fines docentes o de investigación. Sería lesivo a los derechos del autor autorizar legalmente la reproducción de la totalidad de una obra literaria, sin su autorización, aun a título de cita o comentario, **Baylos Corroza, H.**, «Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», *RGLJ*, 1986, p. 539.

75 SAP Zaragoza 2 de diciembre de 1998 *BDA* 2303.

cuento que ocupa pocas páginas (8) dentro del libro en el que se incluye (715), pero ello no es impedimento para que se trate de una obra que constituya una unidad autónoma e independiente y que, como tal, merezca ser protegida por la propiedad intelectual. En la sentencia de primera instancia llama la atención que a pesar de calificar como «obra» y no como «fragmento» el relato reproducido, sin embargo, se da trascendencia a la poca extensión del mismo en relación con la totalidad de la obra de la editorial para considerar que la inserción puede encuadrarse dentro del límite de cita. El argumento es altamente criticable. No es de recibo considerar que una obra autónoma e independiente (como lo es este cuento), al ser corta, puede ser reproducida íntegramente por un tercero sin permiso del traductor y ampararse en el límite de cita. Este aspecto es rebatido por la sentencia de la Audiencia Provincial. En ella se subraya que «la inserción del relato en la obra de la demandada no ha sido de una parte sino del todo, lo que resulta difícilmente compatible con la literalidad del término fragmento» y «que el relato se presenta como una obra autónoma y diferenciada con sustantividad propia», por lo que no considera que la inserción esté amparada en el límite de cita contemplado en el art. 32.1.º LPI.

En la formulación del recurso de casación la editorial insiste, para justificar su proceder y poder ampararlo en el límite legal de cita, que lo que ha usado es un fragmento. Utiliza de forma recurrente este término para intentar convencer al juzgador de lo que sabe que no es. En esta línea menciona que «esta cita constituye un fragmento de 7 páginas», que «la cita de este fragmento se realiza en el capítulo 11 del libro», que «la inclusión de este fragmento se realiza para poder valorar la obra de Mori Ogai», que «la inclusión del fragmento se realiza con una nota al pie de página en la que se refiere el libro del que está extraído el fragmento», que «la inclusión de este fragmento está dentro de lo que se entiende por uso honrado», que «el fragmento «La historia de Iori y Run» nunca ha sido publicada aisladamente», que «la obra en la que se incluye el fragmento tiene un carácter crítico, de investigación y docente» y, para concluir, que «se trata de un fragmento y se ha hecho un uso honrado que no perjudica a la actora, sino que, por el contrario, le beneficia». No acertamos a averiguar en qué sentido puede entenderse que ver tu obra copiada y distribuida sin tu permiso puede suponer un beneficio. La única beneficiada es la editorial, ya que reproduce y distribuye una obra ajena sin haber pedido permiso, y por tanto, sin haber pagado la consiguiente remuneración a la autora de la traducción.

Antes de responder a este argumento de que lo utilizado es un fragmento, el TS recuerda que va a tomar como punto de partida los hechos considerados probados en la instancia: que se ha reproducido un cuento que había sido traducido por la señora Rocío y que sobre la traducción es ella quien tiene atribuidos los derechos de propiedad intelectual. En el camino hacia la respuesta sobre el fondo del asunto repasa algunas cuestiones que ya se han tratado aquí: recuerda que la traducción es una obra derivada que también genera derechos de autor, que la traductora ostenta en particular el derecho de reproducción (se olvida de mencionar el de distribución que también resulta afectado por el proceder de la editorial), que la reproducción debió hacerse con la autorización de la traductora salvo que fuera de aplicación del límite de cita del art. 32.1.º, también previsto en el art. 5.3 d) de la DDASI y en el art. 10.1.º del Convenio de Berna.

A partir de ahí, el Tribunal admite que la primera cuestión controvertida gira en torno a si lo reproducido por la editorial es un fragmento. Con vistas a ahondar en la cuestión y tomando como punto de partida el propio texto del art. 32.1.º LPI, pone de manifiesto que «el término fragmento se emplea por la ley en contraposición a la totalidad de una obra»

y que «la inclusión de la totalidad de una obra escrita, dentro de otra, queda fuera de la noción de cita». A continuación el Tribunal considera que la finalidad de la reproducción también ayuda a interpretar en cada caso lo que se entiende por fragmento. Según el Tribunal, «fragmento no es el todo. Por supuesto no es fragmento cuando ese texto ha sido publicado como tal, de forma íntegra e independiente (…) En el presente caso, la reproducción de la obra escrita ajena lo es de un texto (íntegro) que ocupa varias páginas y tiene una unidad e independencia respecto del resto, es una narración o cuento breve».

Ahora bien, el Tribunal entiende que lo que debe considerase como fragmento puede venir determinado por la finalidad de la reproducción, de forma que crea una especie de vínculo entre los dos requisitos del límite: la extensión y la finalidad de lo citado. Como finalidad admisible cita «además de la mera cita en sentido estricto (una breve y escueta reseña), el análisis, comentario o crítica del texto». Lo que nos quiere decir el Alto Tribunal es que la extensión de lo citado podría no ser tan importante si la reproducción estuviera justificada por la finalidad que el que reproduce pretende conseguir. A continuación, el propio Tribunal advierte, adelantándose a su propia conclusión que «en ningún caso está justificada esta reproducción cuando el texto se incorpora a una antología de textos, pues entonces es claro que la finalidad no es su análisis, comentario o crítica, sino su comunicación». El Tribunal profundiza en esta cuestión y advierte que hay que distinguir qué es lo que prima: si reproducir la obra ajena para ilustrar una idea o transcribir un texto para comentarlo. Sin adentrarnos en el tema de la finalidad del límite que será tratado en líneas posteriores, lo que nos interesa es que llega a la conclusión de que «en este caso la reproducción íntegra de «La historia de Iori y Run», aunque ocupe unas pocas páginas en relación a la totalidad de la obra publicada, al constituir una unidad totalmente independiente, no es propiamente un fragmento de otra obra».

### 2.2 Requisitos para que las citas sean lícitas. La relevancia de la finalidad como elemento clave

Una vez determinada la naturaleza de las obras que pueden ser citadas y determinado el *quantum* de lo que se puede citar según el tipo de obra, el art. 32.1.º LPI exige los siguientes requisitos para que las citas sean lícitas: 1) las obras citadas deben haberse divulgado; 2) la inclusión debe realizarse a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico; 3) la utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación; 4) la utilización debe hacerse en la medida justificada por el fin de esa incorporación; 5) la fuente y el nombre del autor deben indicarse.

En primer lugar, la norma exige que las obras citadas hayan sido previamente divulgadas. Esta condición no venía expresamente exigida en el art. 7.1.º LPI de 1879. Según el art. 4 LPI por divulgación de una obra se entiende toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma. Esta condición es la misma que impone el art. 10 del Convenio de Berna, lo que ha motivado que muchos países hayan consagrado en sus textos legales esta exigencia de divulgación para las citas.

La exigencia de divulgación previa se fundamenta en el derecho moral del autor, ya que el derecho de divulgación es uno de los atributos morales que la LPI concede con carácter exclusivo al autor de una obra intelectual (art. 14.1.º LPI). La divulgación de una obra es

una decisión que incumbe exclusivamente al autor, de modo que la persona que cita una obra ajena no puede sustituir al autor de la obra citada en su voluntad de divulgar la obra ni siquiera en forma de extractos. El derecho moral de divulgación abarca la facultad de decidir la divulgación y la forma en que ésta debe materializarse. En ningún caso se exige que la obra que cita se haya divulgado de la misma manera que la obra citada. Es perfectamente posible que el autor haya divulgado su obra oralmente y que la cita se recoja en una obra escrita. La cita será lícita si se cumplen los demás requisitos de la norma.

En nuestro caso la traducción de doña Rocío había sido publicada dentro del libro «El barco del río Takase» en el año 2000. Por lo tanto, la obra presuntamente citada había sido previamente divulgada por su autora con lo que este primer requisito del precepto debe entenderse cumplido. Se da la circunstancia de que la obra que incorpora la presunta cita también se había divulgado de la misma manera que la obra citada, esto es, mediante la publicación de un libro titulado «Claves y textos de la literatura japonesa», cuya primera edición data de 2007 y la segunda de 2015. El propio TS en el fundamento de derecho segundo punto 4 de la sentencia recuerda que la obra reproducida debe estar divulgada y que se trata de un requisito «cuyo cumplimiento no se discute» en este caso.

La segunda condición de licitud del límite de cita impuesta por nuestra Ley es que la inclusión se realice «a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico». Ello supone que el legislador permite como figuras independientes la cita, el análisis, el comentario y el juicio crítico, entendiendo que la cita es la mera reproducción literal de un contenido en una obra[76], sin que el que la incorpora tenga que realizar ninguna aportación personal[77]. Aunque es bastante habitual que la inclusión de la obra ajena vaya acompañada de dicha aportación, el legislador no la exige.

En nuestro caso, la Audiencia Provincial de Madrid subraya la importancia de la finalidad de la inserción del presunto fragmento y analiza este requisito con exhaustividad para averiguar si efectivamente el fragmento se incluye para ser analizado, comentado o enjuiciado en cumplimiento de lo previsto en el art. 32.1.º LPI. En este contexto, la Audiencia observa que el libro «Claves y textos de la Literatura Japonesa» tiene dos partes claramente diferenciadas, tal y como da a entender el propio título. La primera parte constituye un estudio de la literatura japonesa realizado a partir de diez claves (geografía, historia, lengua, religión, sociedad, teoría literaria, estética, verso, prosa y teatro). La segunda parte es una antología de varias obras de distintos literatos japoneses, precedidos de una presentación del autor, a modo de contextualización. Para la Audiencia es importante resaltar que el término «antología» se utiliza en varias ocasiones a lo largo del libro y que el autor se denomina a sí mismo como «compilador» en referencia a esta segunda parte de la obra. Y es precisamente en el capítulo 11 de esa segunda parte del libro donde el relato «La historia de Iori y Run» se inserta. El capítulo se denomina «La modernidad: Natsume Soseki y Mori Ogai». En los primeros apartados se hace alusión a estos dos autores, en el tercer apartado se incluye un texto de Tarsilla y en el cuarto se inserta el relato litigioso precedido de unas breves consideraciones respecto a su temática.

76 López Maza, S., *op. cit.*, p. 629.

77 Mariscal Garrido-Falla, P., «El límite de cita a la luz de la directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, 2016, p. 420.

Con base en estas consideraciones la Audiencia argumenta que el relato se inserta en la segunda parte de la obra por lo que la inserción no se hace con la intención de emitir un juicio crítico sobre la literatura japonesa, finalidad que es más propia de la primera parte. La inclusión de relatos en la segunda parte no era imprescindible para alcanzar la finalidad de la primera parte de la obra y se presenta en realidad como un complemento diferenciado. El destino del relato es formar parte de una antología de textos que permitan al lector un acercamiento directo a determinados ejemplos significativos de las letras japonesas. Por todo ello, no considera la Audiencia que «la inserción del relato se encuentre amparado por el límite del derecho de cita contemplado en el art. 32.1.º LPI». A mayor abundamiento añade que la antología es una colección de obras ajenas que no pierden su protección autónoma por el hecho de introducirse en la obra compilada en virtud del art. 12 LPI.

Es indudable que este análisis de la obra publicada por la editorial es tenido en cuenta por el TS para la solución del caso.

El Tribunal Supremo hace referencia a este segundo requisito del art. 32 LPI en el punto 3 del fundamento jurídico segundo de la sentencia indicando que «esta inclusión de un fragmento de obra ajena ha de responder, si no es una mera reseña, a una finalidad de análisis, comentario o juicio crítico». A partir de ahí analiza el requisito y advierte en el punto 4 del mismo fundamento que la finalidad de la reproducción *claramente excede la mera reseña* y que la cuestión gira en torno a sí responde a una finalidad de análisis, comentario o juicio crítico, que pueda considerarse ajustada a los usos honrados.

En el punto 6 vuelve a afirmar que la finalidad de la reproducción puede ser «la mera cita en sentido estricto (una breve y escueta reseña), el análisis, comentario o crítica del texto». Antes de analizar el caso realiza una advertencia que conecta con su solución posterior: «En ningún caso está justificada esta reproducción cuando el texto se incorpora a una antología de textos, pues entonces es claro que la finalidad no es su análisis, comentario o crítica, sino su comunicación». Al hilo de esta reflexión el TS reconoce que algunas publicaciones pueden contener a la vez rasgos propios de los estudios académicos y de las antologías, en el sentido de que se pueden incorporar textos para su análisis y también para ilustrar algo. Pero en estos casos hay que ver lo que prima: la finalidad de ilustrar o la finalidad de analizar. El TS da a entender que la finalidad de ilustrar no es la exigida por la ley para estar amparada por el derecho de cita, sino la de analizar, comentar o hacer un juicio crítico.

Una vez hechas estas reflexiones el TS vuelve al caso para afirmar que la reproducción del cuento no es una mera reseña y que prima el elemento recopilatorio frente al análisis, comentario o juicio crítico del propio texto. Concluye el TS que los usos honrados vienen marcados por la finalidad perseguida, pero que aquí la reproducción de la obra ajena no se ajusta a los usos honrados porque no se advierte la existencia de un estudio crítico de la obra reproducida sino que el libro (que no es un estudio académico o científico), tras explicar lo que es la literatura japonesa, pretende reproducir un texto que sirva para ilustrar las características esenciales de la obra literaria de su autor y, a tal fin, procede a la transcripción de la versión española de uno de los cuentos más representativos de Ogai Mori. En definitiva, la finalidad no es analizar sino ilustrar o recopilar.

La tercera condición que incorpora el art. 32.1.º LPI es que la utilización solo pueda realizarse con fines docentes o de investigación. Aunque ni el art. 10 del Convenio de Berna ni el art. 5. 3. d) de la DDASI exige la consecución de unos fines concretos al regular el límite de cita, sin embargo, nuestro legislador requiere que la finalidad del que cita sea docente o investigadora. Como ha tenido ocasión de señalar la doctrina, ello se debe a que el legislador español de 1987 confundió los límites previstos en los arts. 10.1 y 2 del Convenio de Berna e incorporó en un solo precepto las dos limitaciones: cita e ilustración[78], exigiendo en ambos casos las mismas finalidades. Los términos empleados por el legislador no deben entenderse en sentido amplio para amparar otro tipo de finalidades, como la informativa, ya que cuando el legislador ha querido amparar esta finalidad en alguna excepción la ha mencionado expresamente y, además, no debemos olvidar que estamos ante un límite al derecho exclusivo del autor y como toda norma que establece una excepción, la interpretación ha de hacerse de forma restrictiva. Se da por hecho que la necesidad de que la cita persiga fines docentes y de investigación excluye la obtención de cualquier tipo de lucro, sin necesidad de que el legislador lo haya excluido expresamente[79]. En este sentido, por el término «docencia» debe entenderse la acción de enseñar y por «investigación», la acción que tiene por fin ampliar el conocimiento científico.

Respecto a este requisito la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid advierte que el fin de la utilización del fragmento ha de estar focalizado en la docencia o en la investigación. Para el Tribunal, más que la extensión de la cita es importante su finalidad, ya que otorga importancia al elemento teleológico (art. 3.1.º CC) a la hora de interpretar el art. 32.1.º LPI, esto es, a la razón de ser de la existencia del límite de cita. En su argumentación considera que «la finalidad docente de la obra no hacía imprescindible la inclusión del relato», por lo que la Audiencia no pone en duda el carácter docente de la antología publicada por la editorial. En el recurso de casación planteado por la editorial sí que se menciona que la obra «Claves y textos de la literatura japonesa» tiene un carácter crítico, de investigación y docente como argumento para que se entienda cumplido este requisito y que la inclusión pueda ampararse en el límite de cita. Aunque el TS no plantea dudas sobre el carácter docente de las antologías, entiende que en este caso impera más la finalidad compiladora que la académica.

Además, las últimas palabras del art. 32.1.º LPI se refieren a la obligación de indicar «la fuente y el nombre del autor de la obra citada». Esta obligación se fundamenta en la facultad de carácter moral regulada en el art. 14.3.º LPI, esto es, en «exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra». Se ha de tener presente que en este caso el legislador requiere expresamente el cumplimiento de este requisito, a diferencia de lo que ocurría con el art. 7.1.º de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 en el que esta condición no se menciona. A pesar de ello, la doctrina siempre ha considerado que el texto citado debe acompañarse de la mención del autor y de la fuente. Tal requisito también está previsto en el art. 10.3.º de la Convención de Berna, según el cual «Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente». La referencia a esta exigencia en la Convención de Berna ha provocado que en la regulación de la excepción de cita de todas las legislacio-

78 Martínez Martínez, N., *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Madrid, 2018, p. 253.

79 López Maza, S., *op.cit.*, p. 633.

nes de derechos de autor se haya incorporado este requisito, aunque dicha exigencia no sea totalmente uniforme, así por ejemplo, resulta conveniente resaltar que en Italia han sido más exigentes que en nuestro país, ya que el art. 70.3.º de la LDA italiana incorpora la obligación de citar el nombre del editor y del traductor cuando las citas se extraen de obras traducidas, siempre que estas indicaciones figuren en la obra reproducida.

Por lo tanto, el precepto vigente en nuestro Derecho requiere que aquel que cita deba indicar la fuente de donde ha extraído el contenido citado y el nombre del autor de la obra utilizada. Llama la atención que el legislador comunitario, tanto cuando regula el límite de cita (art. 5.3 d DDASI), como cuando se refiere a la ilustración (5.3 a DDASI) manifiesta que debe incluirse la fuente y el nombre del autor, salvo que resulte imposible. Y, sin embargo, nuestro legislador, cuando trata la cita simplemente establece que se indicará la fuente y el autor de la obra utilizada, sin plantearse la posibilidad de que esta indicación sea imposible, extremo que sí incorpora en la regulación nacional del límite de ilustración[80].

A través de esta exigencia se pretende que el lector pueda reconocer al autor de los fragmentos citados y así acceder con facilidad a la obra original para verificar la exactitud de la cita, ampliar su conocimiento sobre el autor de esta obra, conocer con mayor profundidad el tema principal, etc. Se trata de respetar la paternidad o autoría de las obras citadas evitando así que el lector confunda lo propio con lo ajeno, la obra citada con la que incorpora la cita. De este modo, la cita sirve para rendir homenaje al autor, finalidad que no sería posible conseguir si esta condición no se cumple.

La mayoría de las legislaciones de derechos de autor que imponen el cumplimiento del requisito para el límite de cita no establecen unas pautas legales concretas que determinen exhaustivamente cómo debe de cumplirse. La doctrina ha ido subrayando algunos criterios que suelen ser utilizados en la práctica. Cuando de obras literarias se trata y por lo que respecta al nombre, lo deseable es que se incorpore el nombre completo del autor citado tanto en nota a pie de página como en la bibliografía del final. Si la obra fuera anónima, solamente se podría citar la fuente. La mención del nombre presenta menos dudas e inconvenientes. En el caso de la fuente, suele observarse su constancia también tanto en nota a pie de página como en la bibliografía del final[81] con la referencia al título de la obra, el nombre del editor, el lugar y el año de la publicación y la página concreta de donde procede el fragmento. En cualquier caso, debe exigirse que la forma de indicar el nombre y la fuente sea uniforme para todas las citas que contenga un mismo trabajo[82]. Con carácter general debe admitirse la validez de la indicación del nombre y la fuente,

80 No obstante, la diferencia de trato no debe interpretarse como que el que cita debe incluir la fuente y el nombre del autor en todo caso, ni que hay una mayor relajación del cumplimiento del deber respetar la paternidad de la obra en el ámbito de la ilustración, sino que más bien se debe a que, en el caso de la ilustración, se ha transpuesto literalmente el art. 5.3 a) de la DDASI y en el caso de la cita, la regulación no se ha modificado para adaptarse al art. 5.3. d) de la DDASI.

81 Algunos autores han considerado que no es suficiente que se haga constar la obra citada en la bibliografía que consta al final de la obra, **Bochurberg, L.**, *Le droit de citation*, París, 1994, p. 93. Hay que evitar que el autor tenga que hacer un esfuerzo excesivo, por lo que debe hacerse constar la fuente también al pie de la página, **Ribera Blanes, B.**, *op.cit.*, p. 268.

82 **Cárcaba Fernández, M.**, «Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias», *RCDI*, 2001, p. 58.

con independencia del código de estilo seguido, siempre que se ofrezca la información más completa posible al lector, de modo que este no dude de los fragmentos que pertenecen a otro autor.

Una vez hechas estas aclaraciones, debemos de analizar si el requisito se cumple en este caso. La sentencia de primera instancia advirtió que la inserción del cuento se había realizado «con una cita de la autora de la traducción», sin especificar nada más al respecto. Cuando la editorial interpone el recurso de casación alega que «la inclusión del fragmento se realiza con una nota al pie de página en la que se refiere el libro del que está extraído el fragmento, el autor y la traducción de Rocío, la editorial y el año de publicación, así como las páginas del libro». Por su parte, el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación admite que se ha respetado el derecho moral de paternidad de la traductora por lo que da por cumplido este requisito[83].

Por último, debemos considerar si la aplicación del límite a este caso cumple con el test de las tres etapas (art. 40 bis LPI), esto es, que el uso de la editorial sea un caso concreto, que no afecte a la explotación normal de la obra y que no perjudique injustificadamente a los intereses legítimos del titular del derecho. La sentencia de la Audiencia Provincial admite expresamente que la reproducción de la traducción de la demandante «ocasiona un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de la titular de la obra derivada que supone la traducción y que este límite es infranqueable tal y como establece el art. 40 bis LPI.

No hay duda de que al reproducirse íntegramente el cuento traducido por Rocío, el uso que hace la editorial afecta a la explotación normal de la obra, entendiendo por tal, el mercado actual o potencial de la misma, y a los intereses legítimos del autor, porque la editorial obtiene un beneficio comercial de una obra cuyos derechos de propiedad intelectual no le pertenecen.

# VI. CONCLUSIÓN

A la vista del estudio realizado de la STS de 16 de mayo de 2023 puede afirmarse que a través de esta sentencia el Alto Tribunal pone en valor los derechos de los traductores, aunque la obra traducida tenga una extensión corta al ser una narración breve o cuento como es el caso. Los traductores también son autores y están protegidos por la propiedad intelectual. En este caso se reproduce y distribuye una traducción sin permiso, por lo que la conducta de la editorial infringe los derechos de propiedad intelectual de la traductora salvo que pueda ampararse en algún límite legal. La editorial pretende justificar su conducta en el límite legal de cita regulado en el art. 32 .1.º LPI. Este límite solo permite la inclusión de fragmentos cuando de obras literarias se trata, pero aquí se reproduce la traducción del cuento en su integridad. Más que la extensión de lo reproducido, es importante tener en cuenta la finalidad que el texto reproducido cumple en la obra propia. El TS recuerda que la consideración de fragmento viene determinada por la finalidad de la incorporación que ha de ser la mera reseña, el comentario, el análisis o la crítica del texto.

83 Se trata de un requisito frecuentemente infringido por las editoriales como puede verse en las SAP Barcelona de 31 de marzo de 2006 JUR 2006/272980, SAP Madrid de 5 de mayo de 2014 JUR 2014/164000 y SAP Barcelona 3 junio 2021 JUR 2021/250343.

En este caso se reproduce íntegramente la obra traducida, y aunque se trate de la traducción de una narración breve que ocupe pocas páginas en relación con la extensión de la obra que la incorpora, no por ello ha de dejar de considerarse una obra autónoma e independiente susceptible de protección que además no se incorpora para cumplir las finalidades que debe perseguir el límite legal de cita, sino que forma parte de una antología de textos para comunicar e ilustrar una idea. En consecuencia, los derechos de reproducción y distribución de la traductora se han infringido. La editorial no podía publicar la traducción del cuento para ilustrar las características esenciales de la obra literaria de Ogai Mori sin autorización de la traductora.

# VII. BIBLIOGRAFÍA

**Álvarez Romero, C.J.**, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Madrid, 1969.

**Baylos Corroza, H.**, «Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», *RGLJ*, 1986, pp. 525 ss.

**Bochurberg, L.**, *Le droit de citation*, París, 1994.

**Carbajo González, J.**, «La nueva regulación española en materia de Propiedad Intelectual (II)», *AC*, n.º 39, 1989 (891), pp. 3046-3047.

**Cárcaba Fernández, M.**, «Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias», *RCDI*, 2001, pp. 45 ss.

**Casas Vallés, R.**, «El estatuto jurídico del traductor», *II Jornadas sobre el derecho de propiedad intelectual de los escritores en la práctica*, Madrid, 1997, n.º 5, pp. 77-87.

**Colombet, C.**, *Grandes principios de derechos de autor y los derechos conexos en el mundo*, Madrid, 1997.

**Lledó Yagüe, F.**, «Comentario al art. 31 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, **Bercovitz Rodríguez-Cano, R.**, Madrid, 1989, pp. 489-510.

**López Maza, S.**, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, **Bercovitz Rodríguez-Cano, R.**, Madrid, 2017, pp. 620-672.

**López Sánchez, C.**, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008.

**Mariscal Garrido-Falla, P.**, «El límite de cita a la luz de la directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual:* últimas reformas y materias pendientes, Madrid, 2016, pp. 399-440.

**Martínez Martínez, N.**, *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Madrid, 2018.

**Mollá, J.**, «Las obras derivadas en el derecho español, con especial consideración de las traducciones», *Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000: I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, **Delgado Porras** (coord.), vol. 1, 1991, pp. 561-568.

**Olmedo Peralta, E.**, «La propiedad intelectual de las traducciones», *ADI*, 34, 2013-2014, pp. 209-230.

**Ribera Blanes, B.**, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, 2002.

**Rodríguez Tapia, J.M.**, «Artículo 21», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2007, pp. 176 ss.

**Rogel Vide, C.**, «Notas sobre el derecho de cita de obras literarias o artísticas», *La Ley*, 1984-4, p. 980.

**Saiz García, C.**, «Artículo 32. Citas y reseñas de ilustración con fines educativos o de investigación», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, **Palau, F.** y **Palao, G.**, Valencia, 2017, pp. 521-570.

**Watkins, M.**, «Ogai Mori: El barco del río Takase, Luna Books, Tokio, 2000, 141 pp», *Cuadernos CANELA: Revista de Literatura, Pensamiento e Historia, Metología de la Enseñanza del Español como Lengua Extranjera y Lingüística de la Confederación Académica Nipona, Española y Latinoamericana*, n.º 11, 1999, pp. 175 ss.

**Wistrand, H.**, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses ouvres*, París, 1968.

# NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE TELETRABAJO

## NEW TRENDS IN TELEWORK

**David Freire Ledo**
**Investigador, Universidad Isabel I de Castilla (España)**
*david.freire.ledo@alumnos.ui1.es*

**SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN. II. OBJETIVOS. III. NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE TELETRABAJO. IV. Gasto de equipos y herramientas para teletrabajar. V. JORNADA DE TRABAJO. 1. Averías, incidencias o desconexiones durante la jornada laboral. VI. ACCIDENTES EN HORARIO LABORAL. VII. CONCLUSIONES. VIII. Bibliografía. IX. REFERENCIAS LEGISLATIVAS. X. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

**Palabras clave:** Teletrabajo, gastos equipos, desconexiones, accidentes laborales, jornada laboral.
**Keywords:** Teleworking, equipment costs, disconnections, work accidents, working hours.

**Resumen:** Este trabajo analiza las nuevas tendencias en materia del teletrabajo a raíz de la pandemia ocasionada por el covid-19, generando la necesidad de adaptarse a realizar las labores profesionales desde el domicilio de los trabajadores a consecuencia del confinamiento de la población. Esta situación generó la obligación de legislar este nuevo escenario, primero con el Real Decreto-Ley 28/2020 de trabajo a distancia y posteriormente con la Ley de trabajo a distancia 10/2021.

Por ello, se centra este estudio en el análisis de algunos aspectos fundamentales como son la necesidad de equipos y herramientas para desempeñar las funciones profesionales fuera del centro de trabajo, concretamente en el domicilio del trabajador. Asimismo, es de gran relevancia, unido al aspecto anterior, las situaciones que pueden suceder en el transcurso de la jornada laboral, tales como pueden ser avería, incidentes o desconexiones durante el transcurso de la misma. Estos aspectos se encuentran íntimamente relacionados con las posibilidades de los trabajadores de sufrir algún tipo de accidente en el lugar de trabajo dentro de la jornada laboral que se encuentran desempeñando sus funciones, de ahí que se centre el estudio en estos tres aspectos del teletrabajo, al considerarse como aspectos fundamentales en el desarrollo de esta modalidad laboral.

**Abstract:** This paper analyses the new trends in teleworking as a result of the pandemic caused by covid-19, generating the need to adapt to perform professional tasks from the home of workers as a result of the confinement of the population. This situation generated the obligation to legislate this new scenario, first with the Royal Decree-Law 28/2020 on telecommuting and later with the Telecommuting Law 10/2021.

For this reason, this study focuses on the analysis of some fundamental aspects such as the need for equipment and tools to carry out professional functions outside the workplace, specifically at the worker's home. Also of great relevance, together with the previous aspect, are the situations that may occur during the working day, such as breakdowns, incidents or disconnections during the working day. These aspects are closely related to the chances of workers to suffer some kind of accident in the workplace within the working day they are performing their duties, hence the study focuses on these three aspects of teleworking, as they are considered as fundamental aspects in the development of this mode of work.

# I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

El panorama nacional e internacional viene marcado por las consecuencias ocasionadas a raíz de la pandemia generada por el covid-19, motivo por el que se llegó a confinar a la población en sus domicilios, obligando a que se tuvieran que realizar las labores desde el hogar, comenzando con los más pequeños, con clases telemáticas, hasta los mayores, que tuvieron que adaptarse y teletrabajar para poder continuar con sus obligaciones profesionales.

Esta situación de crisis sanitaria, que derivó en el posterior confinamiento poblacional, entro en vigor en España el 14 de marzo de 2020 a través del estado de alarma, durando hasta el 21 de junio del mismo año (Real Decreto 463/2020), obligando a que los trabajadores realizaran sus funciones desde los domicilios en lugar de los centros de trabajo. Este motivo ocasionó la redacción del Real decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia con la finalidad de definir el teletrabajo, elaborando un marco general sobre las condiciones de los trabajadores que se encontraban realizando dichas labores fuera del centro de trabajo, una vez finalizado el confinamiento de la población española.

Después de que terminara el aislamiento de la población en sus hogares, una gran cantidad de trabajadores continuaron con las labores telemáticas. Esta situación creó la necesidad de una fuerte regulación en materia de trabajo a distancia, por lo que se aprobó la Ley de trabajo a distancia 10/2021. En ella se definen aspectos básicos como el teletrabajo (artículo 2), condiciones necesarias para que trabajador y empresario acuerden dicha modalidad laboral (artículo 5) y otros aspectos necesarios como la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 o el mantenimiento de los derechos de los trabajadores a pesar de no encontrarse en el centro de trabajo (derecho a compensación de gastos, desconexión digital, etc.).

En este punto, a día de hoy, aparecen una serie de tendencias en materia de teletrabajo que deben ser analizadas con motivo de la línea que están siguiendo tanto trabajadores, empresarios y los tribunales en los diferentes aspectos, situaciones o conflictos que van

surgiendo, los cuales necesitan una solución y adaptación, centrándose este estudio en los gastos de equipos y herramientas para desempeñar las labores telemáticas, analizar los diferentes escenarios en los que durante la jornada laboral se puedan producir incidentes, avería o desconexiones durante el desarrollo de la labor profesional, culminando con los accidentes que se puedan producir en las zonas habilitadas (normalmente en domicilio del trabajador) para el desempeño de los deberes profesionales del empleado[84].

# II. OBJETIVOS

El objetivo de este trabajo consiste en analizar algunas de las nuevas tendencias que están apareciendo en la modalidad laboral de teletrabajo, centrándose en las que se consideran como las más relevantes en esta materia, como son los gastos de equipos y herramientas, la jornada laboral, en lo que se refiere a paradas, incidencias o desconexiones y los accidente laborales que pueden suceder en el transcurso de dicha jornada mientras se realizan las labores profesionales fuera del centro de trabajo. Esto no significa que no haya otros aspectos que sea necesario analizar en otros trabajos, como puede ser el plus de transporte, la compensación por comidas, decisiones unilaterales acerca de teletrabajar, etc. De esta forma, se propone centrar los objetivos en los siguientes puntos, con el fin de poder obtener un análisis y un estudio concreto de los mimos:

- Conocer las nuevas tendencias en la modalidad laboral de teletrabajo de forma general.
- Aseverar la importancia de las nuevas necesidades y conflictos que surgen al realizar las labores profesionales en el domicilio de los empleados.
- Conocer de forma concreta algunas de las tendencias en esta materia, analizándolas de forma pormenorizada.
- Examinar lo concerniente a los gastos de equipos y herramientas necesarios para realizar las labores telemáticas.
- Estudiar de forma sintetizada los aspectos relativos a desconexiones digitales, así como paradas, incidencias o desconexiones.
- Analizar los accidentes que se producen en el transcurso de la jornada laboral en el domicilio del trabajador.
- Se considera de especial interés las diferentes tendencias que se generan en esta modalidad laboral, que no pueden ser analizadas en profundidad más que ser mencionadas para posteriores investigaciones.

84 *Revista de estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*. (2021). «Trabajo, persona, derecho, mercado». [Archivo PDF]. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/127123/El%20desarrollo%20del%20teletrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

# III. NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE TELETRABAJO

La situación vivida a consecuencia del covid-19 generó que la población tuviera que confinarse en sus domicilios para evitar el contagio con el virus. Esta crisis sanitaria obligó tanto a trabajadores como empresarios a adaptarse de manera inmediata a este escenario, utilizando las herramientas y equipos digitales que se encontraban a disposición de los empleados, para sacar el trabajo adelante, tal y como se realizaría desde el centro de trabajo.

Las condiciones laborales a las que se adaptaron los empleos durante etapa Covid dejaron huella para el momento en que finalizó la etapa de confinamiento poblacional, cuando se pudo volver, de forma progresiva, a la situación prepandémica, es decir, al trabajo presencial[85]. Esto es debido a que, en muchos casos, desde el punto de vista de los trabajadores, estos se vieron beneficiados de la modalidad de teletrabajar, en cuanto a conciliación, reducción de algunos gastos, comodidad se refiere. Mientras que los empresarios en función del tipo de sector, actividad, empresa, puesto de trabajo, etc.[86] se observa cómo no hay problemas o pérdidas en cuanto organización o producción laboral. Este aspecto no se aprecia solamente en España, sino que sucede de la misma forma en el ámbito europeo[87].

El aspecto europeo no es el centro del estudio de este proyecto, pero si es necesaria una mención al respecto, ya que, de forma general, en Europa se vienen realizando estas labores telemáticas de forma previa a la crisis sanitaria, por lo que los valores que se obtienen acerca del teletrabajo en el resto de países europeos son mayores en cuanto a teletrabajo se refiere, tanto de forma previa como de forma posterior además del efecto del paso del tiempo una vez finalizada la pandemia con respecto a España[88].

Esta situación de teletrabajo se encuentra en una situación aceptada y estandarizada en la sociedad española, donde a día de hoy hay un porcentaje importante de trabajadores que continúa optando, o que les gustaría optar, por esta modalidad laboral generando nuevos escenarios que requieren un estudio pormenorizado[89].

85 Randstad Nota de prensa. (2022). *Estudio Randstad - Evolución del trabajo en remoto*. (2022). [Archivo PDF]. https://www-randstad-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2022/09/ndp_randstad_trabajar_desde_casa.pdf

86 Randstad Research. (2021). *Informe teletrabajo en España*. (2021). [Archivo PDF]. https://www-randstadresearch-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2021/07/RANDSTAD-Informe-Research-Teletrabajo.pdf

87 Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. (2022). *Datos de teletrabajo 2022*. [Archivo PDF]. https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2023-03/flashdatosteletrabajo_2022.pdf
Eurofound. *Living and working in Europe*. (2023) [Archivo PDF]. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef23016en.pdf

88 Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. (2022). *El teletrabajo en España antes, durante y después de la pandemia*. [Archivo PDF]. https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2022-06/teletrabajoenespana.pdf

89 Castañares Sebastián L., Sales Ibáñez A., López Jiménez J. (2022). «*El metaverso y las relaciones laborales*. Una aproximación». En *Revista Jurídica Valenciana*, n.º 40. 2022.

Entre estos escenarios se encuentran los aspectos relativos a los gastos que tiene que hacer frente el empresario en cuanto a gastos de equipos y herramienta necesarios para adaptar la zona de trabajo, en este caso el domicilio, a las necesidades laborales de cada trabajador.

Otra situación de relevancia aparece durante la jornada laboral acerca de las posibles incidencias, averías o desconexiones que pueden aparecer a lo largo de la misma, generando que el empleado no pueda desarrollar sus obligaciones de forma correcta, debido a problemas de conexión, internet, fallos de equipos, etc.

El último de los supuestos analizados es el relativo los accidentes de trabajo que suceden durante la jornada laboral, en este caso concreto, teletrabajando en el domicilio de los empleados, no solo lo ocurrido en la zona de trabajo destinada a desarrollar las funciones profesionales de los trabajadores, sino a toda la vivienda, como se verá más adelante.

# IV. GASTOS DE EQUIPOS Y HERRAMIENTAS PARA TELETRABAJAR

El actual escenario con la modalidad de teletrabajo regulado por la Ley de trabajo a distancia 10/2021, genera la necesidad de tener en cuenta algunos aspectos o circunstancias que hasta el momento no eran un elemento de regulación o preocupación por parte de las empresas o trabajadores, ya que, la cantidad de ocupados que realizaban labores de trabajo a distancia era muy inferior a los valores actuales o los datos que se obtuvieron durante la época de confinamiento, lo que derivó en una obligada adaptación repentina ante esta modalidad laboral forzando aspectos como regulación, relaciones laborales, nuevos aspectos de gastos, etc.

Este contexto, que comienza a ser rutinario, se encuentra recogido de forma reciente en varias sentencias, en este caso de la Audiencia Nacional, en la que se analizan de forma concreta estos aspectos de gastos derivados del teletrabajo, de forma más sintetizada, los gastos de equipos y herramientas.

Cabe destacar estas tres sentencias acerca de los gastos derivados de los equipos y herramientas para teletrabajar. Comenzando con la sentencia de la Audiencia Nacional del 10 de noviembre de 2022[90], en la que se destaca la obligación de la empresa a compensar los gastos que pudiera tener cualquier trabajador que presta servicio fuera del centro de trabajo, es decir, a distancia. Estos aspectos se encuentras recogidos dentro de la Ley de trabajo a distancia 10/2021 en los artículos 7 a y b. Además, la sentencia basa el argumento en los artículos 11 y 12 de la citada ley, donde queda indicada la obligación expresa de la empresa de dotar con los medios necesarios para que el empleado pueda desarrollar sus labores sin impedimento, de forma óptima, sin que en ningún caso repercutan en su persona gastos relativos a la puesta a disposición de la zona de trabajo, con equipos y herramientas.

90 Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2022, Rec. 144/2022.

Algo similar ocurre con la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022[91], en la que se indican algunos aspectos relacionados con la sentencia comentada previamente. Primeramente, si es necesario tener en consideración, que es el empresario el encargado de que el trabajador tenga a su disposición los equipos y herramientas disponibles para teletrabajar. Tal y como se recoge en los artículos 11 y 12 de la Ley de trabajo a distancia, que se encuentra estrechamente ligado al artículo 7 a y b de la citada ley, en base al mismo argumento de gastos acerca de equipos y herramientas necesarios para poder teletrabajar.

El incumplimiento de estos artículos por parte del empresario puede derivar en que el trabajador pueda tomar medidas en base al artículo 50.1 del Estatuto de trabajadores, en el que se recoge la solicitud de extinción del contrato por parte del trabajador.

De la misma forma que tiene obligación el empresario de poner a disposición del trabajador los materiales necesarios para el desarrollo del trabajo en el domicilio, aparece la obligación por parte de los trabajadores de conservar dichos equipos para su correcto funcionamiento en los momentos que en encuentren teletrabajando, tal y como recoge el artículo 21 de la Ley de trabajo a distancia. En la misma línea sigue el aspecto de la vida útil de los equipos de trabajo aportados a los empleados, que se encuentra regida por las tablas de amortización publicadas por el Ministerio de Hacienda, tal y como se indica en el Real Decreto 1777/2004.

Finalmente, la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 2021[92], es previa a la Ley de trabajo a distancia (9 de julio de 2021), por lo que, en este caso, la Audiencia Nacional toma referencia sobre el Real Decreto-ley 28/2020 de 28 de septiembre de 2020 de trabajo a distancia[93].

En este caso, se observa que no queda claro, situación contraria a las dos sentencias anteriormente analizadas, que los trabajadores tengan que recibir una compensación por los gastos de los equipos de teletrabajo, o por los gastos efectuados a consecuencia del propio trabajo a distancia. De esta manera, la Audiencia Nacional indica que podían plantearse reclamaciones a tipo individual, previa justificación de dichos gastos, en compensación de gastos de teletrabajo. La Audiencia Nacional indica de forma rotunda que no existe el derecho a una compensación de gastos genérica. El Real Decreto-ley 28/2020 en su artículo 12, indica la posibilidad de convenios o acuerdos colectivos para establecer la compensación de gastos o el abono de los mismos. Además, ninguna de las disposiciones transitorias segunda o tercera indican la obligación de una compensación de gastos, tal y como se solicita en esta demanda.

91 Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022, Rec. 44/2022.

92 Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 2021, Rec. 103/2021.

93 Noticias Jurídicas. (2023). Fuente: https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/17961-las-cuestiones-que-ha-resuelto-la-justicia-sobre-el-teletrabajo/

# V. JORNADA DE TRABAJO

El teletrabajo es una modalidad laboral recogida en la Ley de trabajo a distancia que permite a los trabajadores realizar sus funciones fuera del centro laboral, en este caso concreto, en el domicilio de los empleados. Esta situación no puede ser un elemento de vulnerabilidad para aquellos que, de acuerdo con la empresa, opten por esta forma de trabajo, tal y como recoge en el artículo 4 de la citada ley.

Un ejemplo sucede en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de febrero de 2022[94]. En este caso, a una empleada se le niega la opción de teletrabajar desde la época de la pandemia a pesar de estar a cargo de un descendiente con un 37 % de discapacidad y un grado II de dependencia, necesitando atención especial y apoyo tanto a nivel de lenguaje como pedagógico.

A esta trabajadora no se le permite acogerse a esta opción laboral a pesar de que el 95 % de la plantilla se encuentra teletrabajando, mientras que a ella no se le concede, aunque sea un aspecto fundamental desde el punto de vista de conciliación familiar (artículo 34.8 ET). Esta situación deriva en un caso de discriminación indirecta por razón de sexo, recogida en el artículo 14 CE y 4.2 ET. Por este motivo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de febrero de 2021[95], se le concede a una trabajadora la posibilidad de trabajar a distancia al encontrarse a cargo de un hijo menor de 12 años, de forma que el 60 % de la jornada se realizará en el domicilio mientras que el 40 % restante será de forma presencial siendo dos días presenciales en el centro laboral.

De la misma forma que ocurre con la jornada laboral presencial, los empleados mantienen los mismos derechos al trabajar desde sus domicilios tal y como recoge en el capítulo III de la Ley de trabajo a distancia, de manera que, aspectos como los citados previamente sea necesario que se encuentren en revisión y control para evitar situaciones de vulnerabilidad de los trabajadores, pudiéndole afectar a sus vidas personales.

Dentro de la jornada laboral de los empleados que se encuentran realizando labores telemáticas, pueden suceder situaciones iguales a las acontecidas en el desarrollo del trabajo de forma presencial, desde caídas, golpes, problemas informáticos, etc. Asimismo, hay ciertas diferencias ya que, al realizar el trabajo en el domicilio se evitan riesgos como el accidente «*in itinere*», mientras que un problema informático o de desconexiones puntuales son más relevantes al encontrarse en la residencia del empleado, debido que es difícil que pueda hacer algo diferente entre tanto dura la parada o el problema, mientras que en la lugar de trabajo puede solucionarlo un compañero, una persona encargada o simplemente realizar otras labores durante ese tiempo.

Por este motivo, se analizan situaciones muy relevantes para aquellas personas que se encuentren en los domicilios teletrabajado, como son las averías, incidencias que se puedan producir junto con las posibles desconexiones durante la jornada laboral.

94 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de febrero de 2022, Rec. 933/2021.
95 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de febrero de 2021, Rec. 3191/2020.

## 1. Avería, incidencias o desconexiones durante la jornada laboral

Este aspecto acerca de las averías, incidencias o desconexiones que pueden suceder en el transcurso de la jornada laboral es necesario indicar la importancia de que cualquiera de estas situaciones pueda ser imputable al trabajador, ya que, tal y como se indica en la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2021[96] no será imputable al empleado aquellas desconexiones que se pudieran producir si las causas no son imputables al operario en base a lo establecido en el artículo 30 ET, indicando que es el empresario el encargado de proporcionar al trabajador los medios necesarios para que funcionen los dispositivos de forma correcta durante la jornada laboral.

Es importante destacar que la legislación vigente en el momento de la sentencia era el Real Decreto-ley 28/2020, en el que se destacan el artículo 4.1 con lo que los empleados tendrán las mismas condiciones que los trabajadores de tipo presencial, por lo que no podrán sufrir ningún perjuicio en sus condiciones laborales, al igual que ocurriría si los cortes o parones sucedieran el centro laboral. De la misma forma, los artículos 11 y 12 del citado Real Decreto, establecen la dotación suficiente para mantenimiento de equipos y herramientas, además del derecho al abono y compensación de gastos.

Esta sentencia destaca las paradas de los trabajadores al acudir al servicio para atender a sus necesidades fisiológicas durante el transcurso de la jornada laboral, y la obligación de la empresa de registrar estas pausas de los descansos contemplados en los convenios colectivos, de forma que se concluye que al ser paradas o desconexiones que no se pueden hacer cargo al trabajador, deben considerarse como tiempo de trabajo efectivo.

De manera similar a la sentencia previa, la Audiencia Nacional en la Sentencia de 12 de septiembre de 2022[97] indica que el aspecto de averías o incidencias debe tratarse de la misma forma que las desconexiones durante la jornada laboral, es decir, ese tiempo de trabajo tiene que ser considerado tiempo efectivo siempre y cuando las causas de las averías o incidencias producidas en los equipos o herramientas para trabajar no puedan ser imputables al empleado, sino al empleador.

Al hilo del caso anterior, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 2020[98] declara que toda la prestación de servicios que se haga sobre la jornada laboral en régimen de teletrabajo que se añade sobre la modalidad de tipo presencial, debe ser considerada como tiempo de trabajo además de que debe ser añadida al tiempo de trabajo presencial con el fin de que calcule el tiempo de la jornada realizada.

En el caso de averías, incidencias o desconexiones durante la jornada laboral en régimen de teletrabajo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia del 16 de diciembre de 2021[99] declara que las faltas de trabajo durante la realización de la jornada laboral en este tipo de modalidad serán consideradas como faltas de asistencia injustificadas, tal y como ocurriría en el caso de presencialidad en el centro de trabajo.

96 Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2021, Rec. 105/2021.
97 Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2022, Rec. 204/2022.
98 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 2020, Rec. 19/2020.
99 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 16 de diciembre de 2021, Rec. 509/2021.

# VI. ACCIDENTES EN HORARIO LABORAL

A pesar de que se podrían incluir en el apartado anterior por ser un aspecto relativo a la jornada laboral, se entiende que por el riesgo o la gravedad de un accidente de trabajo merece un estudio pormenorizado, de ahí que se analice de forma separada del punto previo.

Se entiende que los accidentes de trabajo en régimen de teletrabajo deben ser considerados como tal, siempre y cuando las lesiones que se produzcan sean durante el tiempo y en lugar de trabajo, tal y como se indica en el artículo 156.3 de la Ley General de la Seguridad Social, entiendo que puede haber enfermedades o diferentes alteraciones en los procesos vitales de los trabajadores a consecuencia del desarrollo del trabajo, no siendo exclusiva la lesión. Por este mismo motivo el artículo 156.1 de la citada ley recoge como accidente de trabajo el que sufre un empleado como consecuencia del trabajo que se realice por cuenta ajena.

El primer ejemplo se puede observar el la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de enero de 2022[100], en el que se demuestra como una trabajadora, en este caso, una profesora se encontraba desarrollando sus clases de forma telemática durante los días previos al accidente. El propio día del accidente, la profesora realizó sus labores sin ningún contratiempo, simplemente comentó con un compañero un dolor en el pecho y en el brazo de forma previa a una reunión. A pesar de esta información, la reunión se desarrolló con normalidad finalizando alrededor de las 14:00 horas. El hecho sucede a las 14:45 cuando tiene que acudir a urgencias por que se le ha producido un infarto. En este caso, se considera que la lesión tiene una relación causal con el trabajo, ya que se manifiesta al finalizar la reunión con síntomas previos durante el transcurso de la propia jornada laboral.

Al hilo de lo anterior, puede ocurrir que se produzca un accidente de trabajo en el domicilio del trabajador sin ser en la zona habilitada para desarrollar el trabajo. Esta situación se encuentra recogida en la sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 11 noviembre de 2022[101], en la que un trabajador en régimen de teletrabajo se le cae una botella en la cocina generándole una lesión en la mano durante la jornada laboral.

La sala entiende que estas situaciones son similares a las del centro de trabajo, donde los empleados tienen la posibilidad de moverse fuera de su zona de trabajo, ya sea por necesidades fisiológicas (acudir al servicio), en el tiempo destinado para descanso (zonas habilitadas en el centro para ello), etc. de forma que en el domicilio del empleado ocurren circunstancias parecidas, que tal y como recoge el artículo 16 de la Ley de trabajo a distancia, no debe limitarse como zona habilitada para el desarrollo de la actividad la mesa de trabajo. De hecho, esta situación sucede dentro de la vivienda del trabajador, otro supuesto sería la situación de que este encontrara fuera.

100 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de enero de 2022, Rec. 875/2021.
101 Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 11 noviembre de 2022, Rec. 526/2022.

Un hecho parecido es el que se trata en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cáceres el 26 de octubre de 2022[102], en la que una trabajadora realizando labores de teletrabajo en su domicilio acudió al servicio cayendo en el pasillo al salir del mismo, lesionándose en el codo y en el costado.

Al igual que se mencionó en sentencias previas, los empleados a pesar de realizar sus labores de forma telemática en lugar del centro de trabajo, tienen la necesidad de acudir al servicio por necesidades fisiológicas, el cual, normalmente se encuentra dentro del domicilio de los empleados. Así, tal y como sucedería en el trabajo presencial, los trabajadores tienen los descansos o momentos en la jornada laboral para estas funciones, generando que pueda haber un momento en el que se produzca una lesión como es en este caso. Esta situación no implica que se rompa el nexo causal del tiempo y lugar de trabajo tal y como se recoge en el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social, y las zonas habilitadas para el trabajo como se recoge en el artículo 16 citado en la sentencia previa de la Ley de trabajo a distancia.

De la misma forma que estos casos son considerados como accidentes de trabajo, pueden suceder situaciones muy similares o casi semejantes que no tengan la consideración de accidentes de trabajo, en función de las circunstancias de cada caso concreto.

Un ejemplo similar a la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón de 18 de enero de 2022 sucede en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de febrero de 2023[103], en el que un trabajador, al igual que la profesora en aquel caso, sufre un infarto, la diferencia radica en que este empleado lo sufre en el baño de su domicilio fuera de su jornada laboral, lo que no encaja dentro del artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social al no concurrir tiempo y lugar de trabajo.

De forma más concreta, el empleado tenía la disponibilidad horaria de comenzar su jornada laboral entre las 8 y las 10 horas de la mañana, teniendo lugar el accidente a las 9;40 horas del día. Uno de los principales motivos para no considerarse esta situación como accidente de trabajo es que no se puede demostrar que el trabajador se conectara los días previos en un horario concreto, ni si han ocurrido síntomas previos en las jornadas anteriores, de manera que no se puede verificar que el accidente ocurriera en el horario de trabajo, por lo tanto, para la sala queda descartado como accidente de trabajo.

De igual manera que se indica en la sentencia de Cáceres de 26 de octubre, sucede en Galicia donde una trabajadora sufre una lesión en un hombro al mover una pantalla de ordenador, alegando que se encontraba teletrabajando. El motivo de la desestimación de la sentencia de Tribunal Superior de Galicia de 25 de febrero de 2023[104] es la versión que presta la demandante frente a la mutua con respeto a la realizada en la demanda difieren, además de que no se indica que la lesión se produzca realizando las labores que tiene encomendadas en su domicilio, por lo que se considera que no es un accidente de trabajo.

102 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cáceres el 26 de octubre de 2022, Autos. 273/222.

103 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de febrero de 2023, Rec. 812/2022.

104 Sentencia de Tribunal Superior de Galicia de 25 de febrero de 2023, Rec. 2399/2021.

# VII. CONCLUSIONES

Esta situación actual deriva en la necesidad de una fuerte legislación además de una regulación en materia de trabajo a distancia, unido a la doctrina y jurisprudencia relativa a esta modalidad laboral. Para ello, es imperativo continuar con el análisis de las diferentes situaciones que surjan con el paso del tiempo, conjuntamente con los cambios que se vayan produciendo en las formas de teletrabajar, es decir, fichajes, tipos de horarios, sectores de trabajo, condiciones laborales etc. de forma que haya una adaptación los más rápida posible al igual que óptima ante una forma de trabajar emergente dispuesta a mantenerse en la sociedad, siendo en varios casos, de forma permanente al margen de haber finalizado la pandemia por el covid-19.

A pesar de que la población ha superado esta crisis sanitaria, se desconoce el efecto que tuvo en la sociedad este cambio repentino, obligándoles a trabajar desde sus hogares, por lo que, como es normal, en algunos casos habrá un rechazo ante esta modalidad de trabajo, por lo que, con el paso del tiempo es lógico que los datos puedan bajar, no por el mero hecho de que no funcione el teletrabajo, sino por el la situación vivida por aquellas personas que pudieron resultar afectadas por enfermedad, pérdidas familiares, etc. [105]

Resulta necesario, al menos como punto de partida, conocer las nuevas tendencias en materia de teletrabajo, con el fin de poder analizarlas con detalle posteriormente y así actuar en consecuencia ante las diferentes situaciones o sucesos que vayan ocurriendo con el desarrollo del trabajo a distancia y el paso del tiempo en cuanto a tecnología, condiciones laborales, familiares, conciliación familiar se refiere.

Por el motivo anterior, es de gran relevancia el estudio pormenorizado de las diferentes situaciones y conflictos que pueden suceder durante el desarrollo de la jornada laboral en el domicilio de los empleados, ya sea con los diferentes equipos de trabajo, aspectos como la conciliación familiar, diferentes tipos de riesgos o situaciones de accidentes que pueden tener lugar en la zona de trabajo o habilitada para ello, además de la posible adaptación de los trabajadores y empresarios ante los posibles cambios o mejoras que puedan ir surgiendo o vayan apareciendo además de su consolidación en el teletrabajo.

Los aspectos relativos a los gastos de equipos y herramientas necesarias para el desarrollo de las funciones profesionales de los empleados se analizan en base a diferentes sentencias, en la que, gracias a la Ley 10/2021 de Trabajo a Distancia, se indica como los trabajadores deben trabajar en sus hogares sin que en ellos repercuta ningún coste en los relativo a la disposición de los elementos necesarios para realizar su trabajo fuera del centro laboral. Este aspecto no omite la obligación de los empleados de cuidad y hacer buen uso de los medios que se han puesto a su disposición para tal fin.

De acuerdo con citado previamente, ocurre de forma similar con aquellas situaciones de averías, paradas o desconexiones digitales, ya que, en caso de no ser culpa del empleado, no pueden considerarse como faltas injustificadas o pérdida de tiempo laboral,

105 **Portal de Transparencia Administración General del Estado**. (2023). Fuente: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/PlanMedidasAhorro.html

sino que ese tiempo será considerado como tiempo de trabajo efectivo, que no deberá ser recuperado por el trabajador al finalizar la jornada, de la misma forma que ocurre si se estuviera trabajando de forma presencial en el centro de trabajo.

En cuanto a los accidentes de trabajo durante la jornada laboral en el domicilio del trabajador, es imprescindible destacar la relación necesaria existente entre el tiempo y el lugar de trabajo para establecer un nexo causal entre el accidente y la relación laboral, a fin de que se trate esta situación lo más parecido a lo que pueda suceder en el centro laboral. De ahí que las sentencias analizadas parezcan o sean similares, siendo los resultados judiciales diversos en función de la situación de cada empleado, el lugar, el horario de trabajo, etc.

Se considera de gran importancia comentar las posibles líneas de investigación que surgen de este estudio acerca de la modalidad laboral del trabajo a distancia en el domicilio del trabajador. Para ello, es imprescindible destacar algunas situaciones que se pueden producir en un futuro, ya sea cercano o no, que requieren un análisis específico al igual que se ha realizado con los equipos y herramientas, aspectos de desconexiones o averías y los accidentes laborales durante la jornada laboral.

De esta forma, se destacan situaciones de teletrabajo diferentes a las cotidianas, es decir, aquellas que suceden en el periodo vacacional, teniendo especial atención al verano, tiempo en el que los descendientes no se encuentran en el centro escolar, además de que, en muchos sectores, los empleados cuentan con una jornada laboral diferente al resto del año, pudiendo perjudicar a aspectos como la conexión digital, estrés, accidentes laborales, etc. es decir, riesgos de tipo psicosocial[106], generando sensaciones en los trabajadores diferentes a las que se obtuvieron durante el resto del calendario laboral[107].

Finalmente, es de relevancia continuar con el análisis de las políticas de igualdad, de forma que no haya brechas de género en cuanto al teletrabajo se refiere, ya que, de forma previa a la pandemia eran los hombres los que más tiempo dedicaban a esta modalidad laboral, mientras que, de forma contraria, al finalizar la etapa de confinamiento los datos muestran el aumento de las mujeres teletrabajadoras frente al género masculino[108]. Por este motivo, es de relevancia estudiar esta evolución además de tomar las medidas necesarias con el fin de evitar que se genere una brecha de género en esta opción laboral.

106 Agencia Europea para la Seguridad y Salud. *Los riesgos psicosociales y el estrés en el trabajo*. https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-stress

107 Federación de Servicios de Prevención Ajenos. (2021). *Estudio de los efectos de la hiperconexión digital en la salud laboral de los trabajadores/as*. [Archivo PDF]. https://www.aspaprevencion.com/wp-content/uploads/2021/11/Estudio-definitivo-Efectos-Hiperconexion-Digital-2021-1.pdf

108 Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. (2021). *Flash de datos de teletrabajo. Tercer trimestre*. [Archivo PDF]. https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-12/flashdatosteletrabajo-tercertrimestre2021_1.pdf

# VIII. BIBLIOGRAFÍA

**Agencia Europea para la Seguridad y Salud.** *Los riesgos psicosociales y el estrés en el trabajo*. Fuente: https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-stress

**Beltran de Heredia Ruiz, I.** (2023). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Fuente: https://ignasibeltran.com/teletrabajo/

**Eurofound.** *Living and working in Europe.* (2023). [Archivo PDF]. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef23016en.pdf

**Federación de Servicios de Prevención Ajenos**. (2021). *Estudio de los efectos de la hiperconexión digital en la salud laboral de los trabajadores/as*. [Archivo PDF]. https://www.aspaprevencion.com/wp-content/uploads/2021/11/Estudio-definitivo-Efectos-Hiperconexion-Digital-2021-1.pdf

**Sebastián Castañares, L.**, **Sales Ibáñez A.**, **López Jiménez J.** (2022). «El metaverso y las relaciones laborales. Una aproximación» En *Revista Jurídica Valenciana*, n.º 40. 2022.

**Ministerio de Igualdad**. (2020). *Boletín de Igualdad en el Empleo. Teletrabajo.* [Archivo PDF]. https://www.igualdadenlaempresa.es/actualidad/boletin/docs/BIE_1_Teletrabajo.pdf

**Noticias Jurídicas**. (2023). Fuente: https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/17961-las-cuestiones-que-ha-resuelto-la-justicia-sobre-el-teletrabajo/

**Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad**. (2021). *Flash de datos de teletrabajo. Tercer trimestre.* [Archivo PDF]. https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-12/flashdatosteletrabajotercertrimestre2021_1.pdf

**Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad.** (2022). *El teletrabajo en España ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE LA PANDEMIA*. [Archivo PDF]. https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2022-06/teletrabajoenespana.pdf

**Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad**. (2022). *Datos de teletrabajo 2022.* [Archivo PDF]. https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2023-03/flashdatosteletrabajo_2022.pdf

**Portal de Transparencia Administración General del Estado.** (2023). Fuente: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/PlanMedidasAhorro.html

**Pozuelo, Á.**, **Todolí, A.**, **Franco, T.** (2020). *El teletrabajo*. Tirant Lo Blanch.

**Pozuelo, Á.** (2022). *El Teletrabajo transnacional en la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch.

**Randstad Research**. (2021). *Informe teletrabajo en España*. (2021). [Archivo PDF]. https://www-randstadresearch-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2021/07/RANDSTAD-Informe-Research-Teletrabajo.pdf

**Randstad** Nota de prensa. (2022). *Estudio Randstad - Evolución del trabajo en remoto*. (2022). [Archivo PDF]. https://www-randstad-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2022/09/ndp_randstad_trabajar_desde_casa.pdf

**Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social**. (2021). *Trabajo, persona, derecho, mercado.* [Archivo PDF]. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/127123/El%20desarrollo%20del%20teletrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

# IX. REFERENCIAS LEGISLATIVAS

- Constitución Española.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.
- Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
- 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.
- 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-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

# X. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2022, Rec. 144/2022.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022, Rec. 44/2022.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 2021, Rec. 103/2021.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de febrero de 2022, Rec. 933/2021.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de febrero de 2021, Rec. 3191/2020.

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2021, Rec. 105/2021.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2022, Rec. 204/2022.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 2020, Rec. 19/2020.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 16 de diciembre de 2021, Rec. 509/2021.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de enero de 2022, Rec. 875/2021.
- Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 11 noviembre de 2022, Rec. 526/2022.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cáceres el 26 de octubre de 2022, Autos. 273/222.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de febrero de 2023, Rec. 812/2022.
- Sentencia de Tribunal Superior de Galicia de 25 de febrero de 2023, Rec. 2399/2021.

# LUCES Y SOMBRAS DE LA LEY 12/2023 POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

## CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE LAW 12/2023 ON THE RIGHT TO HOUSING

**Federico Arnau Moya**
**Profesor Contratado Doctor Derecho civil. Universitat Jaume I (España) ORCID: 0000-0002-8434-6708**
*arnauf@uji.es*

**SUMARIO**
I. LA NUEVA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA. 1. Polémica previa a la publicación de la LDV. 2. Conflicto de competencias con las Comunidades Autónomas. II. OBJETO Y CONTENIDO DE LA LVD. 1. Derecho al acceso a una vivienda digna y adecuada. 2. Regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda. 3. Derechos y deberes. 4. Conceptos novedosos de la LVD: A) La vivienda protegida. B) Gran tenedor de vivienda. C) Zonas de Mercado Residencial Tensionado. D) El sinhogarismo. E) La vulnerabilidad 5. Colaboración entre administraciones públicas. 6. protección y transparencia en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda III. NUEVAS MEDIDAS INTRODUCIDAS POR LA LDV. 1. Modificaciones de la ley de arrendamientos urbanos, A) La nueva prórroga extraordinaria, B) Limitaciones para el establecimiento de la renta, C) Limitaciones a la actualización de la renta. 2. Modificaciones de tipo procesaL. A) Novedades en los procedimientos de desahucio y de reclamación de rentas. B) Novedades en materia de ejecuciones hipotecarias y en la subasta de bienes inmuebles en situaciones de vulnerabilidad. C) La supuesta protección de los okupas por la LDV. 3. Otras medidas, A) Ventajas fiscales para los propietarios. B) Recargos en el pago del IBI. C) Parques de vivienda. D) Incremento del suelo calificado de reserva para vivienda protegida. E) Bases de datos de contratos de datos. F) Acción pública. G) Los administradores de fincas. H) Igualdad y no discriminación. IV. CONCLUSIONES

**Palabras Clave**: Vivienda digna y adecuada, Acceso a la vivienda, Zona residencial tensionada, Gran tenedor, Sinhogarismo, Deberes del propietario, Arrendamiento, Limitación de rentas, Prórroga forzosa, Desahucio, Vivienda habitual.

**Keywords:** Decent and adequate housing, Access to housing, Stressed residential area, Large property owner, Homelessness, Landlord's obligations, Rental, Ceiling on rents, Forced extension, Eviction, Habitual residence.

**Resumen:** La Ley por el Derecho a la Vivienda no ha sido bien recibida por la doctrina. Se han generado controversias de tipo técnico jurídico sobre la protección efectiva del derecho de propiedad, los mecanismos de recuperación de la posesión por los arrendadores, la carga de la prueba al arrendador para acreditar la condición de vivienda habitual del ocupante, etc. De modo similar se producen dudas razonables sobre la constitucionalidad de muchos de los apartados de la nueva norma por invadir competencias de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda. Sin embargo se trata de una ley necesaria para garantizar el acceso a la vivienda a las personas con discapacidad y por otro lado no supone dejar vacío el contenido del derecho de propiedad

**Abstract:** The new Law for the Right to Housing has not been well received by the doctrine. Controversies of a technical legal nature have arisen over the effective protection of the right to property, the mechanisms for the recovery of possession by landlords, the burden of proof on the landlord to accredit the occupant's status as the habitual dwelling, etc. Similarly, there are reasonable doubts about the constitutionality of many of the sections of the new regulation because they encroach on the competences of the Autonomous Communities in the area of housing. However, it is a necessary law to guarantee access to housing for people with disabilities and, on the other hand, it does not leave the content of the right to property empty.

# I. LA NUEVA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA[109]

## 1. Polémica previa a la publicación de la LDV

El objeto de este trabajo se centra en efectuar toda una serie de observaciones sobre las reformas previstas en la *Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda* (en adelante LDV) que ha sido publicada en el BOE núm. 124, de 25 de mayo de 2023. Esta ley ya ha sido objeto de agrias polémicas durante su tramitación. El proyecto de ley fue tramitado por el procedimiento de urgencia y cuando fue aprobado por el Pleno del Senado de 17 de mayo de 2023 (BOCG de 8 de mayo de 2023, 121/000089) no se admitieron ninguna de las enmiendas presentadas. Parece ser que en ello influyeron las prisas en aprobar esta norma antes de las elecciones municipales de mayo de 2023 que coincidieron con las autonómicas en muchas comunidades. El objeto de este trabajo no es otro que analizar el alcance de las reformas de la LDV y valorar lo acertado o desafortunado, en su caso, de las mismas.

109 Este artículo se enmarca en el Proyecto MINECO PID2019-105436RB-100, TRADIDES, del que Carmen Boldó Roda es la Investigadora Principal.

En el Preámbulo de la ley se señalan sus objetivos que luego se concretan en el art. 1 LDV (objeto de la ley): 1.º) Establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, así como de los asociados a la propiedad de vivienda, aplicable a todo el territorio nacional. 2.º) Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales. 3.º) Dotar de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la seguridad, la accesibilidad universal y la habitabilidad de las viviendas, garantizando así la dignidad y la salud de las personas que las habitan. 4.º) Definir los aspectos fundamentales de la planificación y programación estatales en materia de vivienda, con objeto de favorecer el ejercicio del derecho constitucional en todo el territorio. 5.º) Regular el régimen jurídico básico de los parques públicos de vivienda, asegurando su desarrollo, protección y eficiencia para atender a aquellos sectores de la población con mayores dificultades de acceso. 6.º) Favorecer el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación, favoreciendo la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares. 7.º) Mejorar la protección en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso.

A pesar de que estos objetivos pudieran hacer pensar en una ley bien intencionada y con una fuerte de voluntad de terminar con el problema habitacional de este país, sin embargo, la doctrina mayoritaria ha sido muy crítica con el nuevo texto legal[110]. Las principales objeciones, que iremos comentando con más rigor a lo largo de nuestro trabajo, han sido las siguientes: en primer lugar, la Ley 12/2023 a pesar de su título no supone un reconocimiento legislativo de un derecho subjetivo a la vivienda ejercitable frente a los poderes públicos[111]. En segundo lugar, se trata de una ley demasiado extensa y polémica especialmente porque las cuestiones relativas a la competencia en materia de vivienda ya están transferidas a las Comunidades Autónomas[112]. En tercer lugar, se estima que la

110 La mayoría de los autores que vamos a citar publicaron sus trabajos cuando la LDV todavía estaba en fase de proyecto de ley. Sin embargo, dado que aquel ya estaba tan sumamente adelantado y no ha recibido ninguna modificación importante al publicarse como ley, vamos a tomarnos la licencia de que estos autores ya se referían a la Ley. Realmente el texto que ellos comentan es idéntico al que se ha aprobado como ley.

111 **Busto Lago, J.M.**: «La Ley por el derecho a la vivienda y el derecho subjetivo a la vivienda», *Cuadernos de derecho privado, CDP*, n.º 6, 2023, p. 2.

112 **Couso Pascual, J.R.**: «¿Cómo afecta la nueva Ley de Vivienda a los propietarios?», *El Notario del Siglo XXI*, Mayo-Junio, nº 109, pp. 12. Disponible en: https://www.elnotario.es/opinion/opinion/12131-como-afecta-la-nueva-ley-de-vivienda-a-los-propietarios. Consultado: 01/06/2023, p.1., señala que la polémica ha seguido a esta ley desde el mismo instante en que presentó el Borrador de Anteproyecto y durante toda su tramitación especialmente porque se aprobó en la antesala de un proceso electoral. Además de las polémicas políticas también las ha causado en el ámbito jurídico. Especialmente en «la regulación procesal del ejercicio del derecho de propiedad y la situación posesoria de las viviendas». **Fuertes López, F.J.**: «Diez cuestiones sobre la Ley por el derecho a la vivienda. Demasiadas preguntas para tan pocas respuestas», *Revista de Derecho v Lex*, n.º 229, Junio, 2023, p. 1, 4 y 10. Disponible en: https://app.vlex.com/#/vid/934273869. Consultado el 1-07-2023. Estima que la técnica normativa es defectuosa, en especial porque resulta difícil encontrar la competencia estatal en la que se

nueva ley contiene numerosas medidas que van a provocar un efecto contrario a uno de los previstos en su Preámbulo como es el de «Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado», puesto que va a producir un encarecimiento de la vivienda y va a dificultar el acceso a la misma[113]. Finalmente, se ha dicho que algunas de las medidas de la Ley 12/2023 favorecen a los okupas en detrimento del derecho de los propietarios[114]. Realmente este es el único punto en el que coincidimos con la doctrina mayoritaria, iremos viendo a lo largo del trabajo en que concretos ámbitos discrepamos.

## 2. Conflicto de competencias con las comunidades autónomas

Una de las objeciones que se le ha hecho a la nueva norma responde al hecho de que se haya dictado una norma estatal tantos años después de que esta materia hubiera sido transferida a las Comunidades Autónomas. Resulta ser que en la totalidad de Estatutos de Autonomía se han asumido las competencias en materia de vivienda de acuerdo con lo previsto en el art. 148.1. 3.º de la Constitución Española (CE) que establece que «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (…) 3. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda»[115]. Así se reconoce por la propia LDV en su Preámbulo al decir que «Conforme al artículo 148.3 CE, todas las Comunidades Autónomas (CCAA) tienen asumida en sus Estatutos de Autonomía, sin excepción, la competencia plena en materia de vivienda. A diferencia del Estado, que sólo puede incidir, con distinto alcance y sobre la base de títulos competenciales diversos, en la política de vivienda, los legisladores autonómicos pueden formular completos programas normativos de la acción pública en la materia. Así pues, ambos legisladores están abocados a articular sus respectivas actuaciones de modo que puedan desplegarse en un marco normativo coherente, estable y seguro que haga posible la realidad del «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» reconocido en el artículo 47 CE en ejecución de las medidas, acciones, planes y programas correspondientes y la igualdad básica de todos los españoles en relación con dicho derecho[116]. Así pues, la propia Ley 12/2023 está reconociendo la

pretende sustentar la mayoría de las normas que se establecen. La competencia en materia de vivienda corresponde a las Comunidades Autónomas de modo que el Estado ha realizado una intromisión en el ámbito de aquellas competencias. Además, para este autor la mayoría de las previsiones que se contienen en la LDV son superfluas.

113 **Nasarre Aznar, S.**: «Ley de Vivienda: el Estado renuncia a cumplir con el art. 47 de la Constitución», *El Notario del Siglo XXI*, Mayo-Junio, 2023, n.º 109, pp. 18-22. Disponible en: https://www.elnotario.es/opinion/opinion/12130-ley-de-vivienda-el-estado-renuncia-a-cumplir-con-el-art-47-de-la-constitucion. Consultado: 01/06/2023, p. 18. También destaca este autor que la ley ampara la situación de quienes tienen la vivienda de manera ilegal (los okupas) y les expropia la vivienda a quienes la tienen legalmente.

114 **Malo Valenzuela, M.A.**: «La "Ley por el derecho de vivienda" como forma de promover la ocupación ilegal de viviendas ajenas por vía legislativa», *El Notario del Siglo XXI*, Julio-Agosto, 2023, n.º 110, pp.1-9. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-110/opinion/opinion/12235-la-ley-por-el-derecho-de-vivienda-como-forma-de-promover-la-ocupacion-ilegal-de-viviendas-ajenas-por-via-legislativa. Consultado: 01/10/2023.

115 **Couso Pascual, J.R.**: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 13.

116 El art. 47 CE establece que: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establece-

existencia de un punto débil como es la posible invasión de competencias en materia de vivienda con relación a aquellas comunidades que ya han legislado al respecto. En consecuencia, la única solución que le ha quedado al legislador, tras las amenazas de recurso de inconstitucionalidad que desde algunos partidos ya se hicieron durante la tramitación de la ley ha sido la de contemplar el carácter subsidiario de la LDV respecto de la normativa autonómica sobre la materia de vivienda[117]. El legislador se ha visto obligado a incluir una Disposición Final 7ª.4. b) en la que se establece que «lo dispuesto en esta Ley se aplicará sin perjuicio de: (…) b) El ejercicio de la competencia exclusiva que hayan asumido las comunidades autónomas en virtud del artículo 148.1.3ª. de la Constitución en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda»[118]. No obstante, esta Disposición Adicional ha sido objeto de críticas por estimarse que es poco precisa[119]. El hecho de que los legisladores autonómicos se adelantaran al estatal (como han hecho en otros ámbitos como sucede con la regulación de las parejas de hecho) ha motivado la existencia de un período de vacío legal excesivamente largo en la legislación estatal[120]. En consecuencia, lo que puede suceder es que en muchos aspectos la LDV quede reducida a tener una aplicación supletoria respecto de la normativa autonómica[121]. No obstante, habida cuenta de los recursos de inconstitucionalidad de los que ha sido objeto la ley tendrá que ser el TC quien despeje esta incógnita.

---

rán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

117 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 2, ya advierte sobre el posible recurso de inconstitucionalidad, en el que el Tribunal Constitucional decidirá sobre la conformidad a la Constitución Española del planteamiento que se efectúa en la LDV. Este recurso que anunciaba el autor, como ya hemos dicho, finalmente se ha materializado.

118 En la disposición final 7.ª 4 a) se establece que la ley se aplicará sin perjuicio de: «a) Las previsiones de los regímenes civiles, forales o especiales en el ámbito reservado a las mismas por el artículo 149.1. 8ª de la Constitución, allí donde existan, así como de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra».

119 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 10, estima que «la disposición final séptima, en la que se pretenden amparar los títulos competenciales para la regulación que se efectúa, es tal que una bomba racimo, en tanto que dispara indiscriminadamente a todo lo que le rodea».

120 **Couso Pascual, J.R.**: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 13, además estima que la existencia del vacío legal no ha impedido que sí que se haya legislado parcialmente sobre la materia de vivienda. Para ello cita como diferentes Gobiernos han aprobado de modo sucesivo Reales Decretos con consecutivos Planes Estatales: de vivienda y rehabilitación (2009-2012), de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas (2013-2016), de Vivienda (2018-2021) y para el acceso a la vivienda (2022-2025).:

121 La condición de supletoriedad se deriva de la conocida como «cláusula de prevalencia» del art. 149.3 CE que establece que: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

Entendemos que nos encontramos ante una «ley básica» de vivienda aun a pesar de que la competencia en materia de vivienda no figura expresamente dentro del elenco de competencias exclusivas del Estado recogidas en el art. 149.1 CE[122]. No obstante, en el Preámbulo de la LDV, se señala estima que el Estado puede incidir con distinto alcance y sobre la base de títulos competenciales distintos en materia de vivienda[123]. En la STC 152/1988, de 20 de julio se reconoce la concurrencia competencial entre el Estado y las CC.AA en materia económica con base en el art. 149.1.13.ª CE que atribuye al Estado la competencia relativa a la planificación general de la actividad económica, en concreto el establecimiento de bases y coordinación de esta planificación.

De haberse dictado la LDV con mucha más antelación, el hecho de constituir una normativa básica habría permitido contar con un núcleo básico o duro en materia de vivienda que tendría que haber sido respetado por las normas autonómicas que sólo habrían podido legislar en los huecos que esa norma hubiera dejado sin regular. Es decir, que las normas autonómicas se habrían tenido que limitar a desarrollar la ley básica estatal[124]. Por otro lado, de haber sido la normativa de vivienda competencia

122 En el voto particular Informe derecho vivienda voto particular que formulan los vocales Álvaro Cuesta Martínez, Clara Martínez De Careaga García, Rafael Mozo Muelas, María Concepción Sáez Rodríguez y pilar Sepúlveda García de la Torre al acuerdo adoptado por el pleno del consejo general del poder judicial en su reunión del día 27 de enero de 2022, en el punto I-10º del orden del día, por el que se aprueba el informe sobre el anteproyecto de ley por el derecho a la vivienda. En su párrafo 77 se establece que la [entonces]ley ante proyectada tiene la declarada vocación de constituir la norma básica en materia de vivienda que, desde el ordenamiento estatal, y sin perjuicio de las competencias autonómicas sobre esta materia, regule las condiciones básicas y de igualdad que garanticen el tratamiento uniforme del derecho a la vivienda, y regule, también de forma homogénea, y con respeto igualmente de las competencias autonómicas, los aspectos más esenciales de las políticas de vivienda que afectan no solo a la satisfacción del derecho a acceder a una vivienda digna, sino a otros derechos constitucionales y a la actividad económica del país (apartado III de la exposición de motivos). Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-por-el-derecho-a-la-vivienda. Consultado: 10-10-2023.

123 El Preámbulo señala toda una serie de títulos competenciales del Estado en materia de vivienda. De entre ellos destacamos dos: en primer lugar, el del art. 149.1.1.ª CE para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, en este caso, en relación con el derecho de propiedad de la vivienda, pero también con el ejercicio del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e incluso con los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, puesto que la vivienda habitual es donde la inmensa mayoría de las personas tienen su domicilio y ejercen la intimidad de su vida personal y familiar. La dignidad y adecuación de la vivienda son, pues, condiciones asimismo para el ejercicio de estos derechos de las personas que las habitan. En segundo lugar, están las competencias estatales en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6.ª CE) y civil (artículo 149.1.8.ª CE) en relación con los contratos vinculados al acceso a la vivienda, tal y como ha admitido sin vacilar la jurisprudencia constitucional (vid., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero).

124 En la STC 102/2016, 25 de Mayo de 2016 (ECLI: ES:TC:2016:102) en su FJ 5 se establece que: «La articulación de las competencias estatales y autonómicas mediante la técnica de la atribución al Estado de la competencia para dictar la legislación básica sobre una determinada materia y

exclusiva estatal, como esta ley ha sido dictado con posterioridad a la normativa autonómica, podríamos habernos encontrado con problemas de constitucionalidad sobrevenida. Tal como sucedería si finalmente se dictara una ley de parejas de hecho estatal. En todo caso el riesgo de un recurso de inconstitucionalidad por invasión de competencias ha sido siempre bastante elevado aun a pesar de la cláusula de salvaguarda de la Disposición Final 7.ª 4 b)[125]. Esta amenaza se ha materializado y finalmente se han presentado hasta cinco recursos de inconstitucionalidad[126]. No obstante, el hecho de que en muchos estatutos de autonomía se haya asumido la competencia exclusiva, como ya hemos señalado no es impedimento para que el legislador nacional pueda legislar en esta materia. Esto es así porque como se pone de manifiesto en el FJ 4.º de la STC 37/2022, de 10 de marzo de 2022[127], la vivienda «no constituye un título competencial autónomo» (por todas, STC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3), sino que puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador. Dicha complejidad competencial es consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda («económica» y «social», STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2), de entre las que destacan, en el contexto de la presente controversia, las dos siguientes: por una parte, la vivienda, cuya protección se configura como un principio rector de la política social y económica en el art. 47 CE, constituye, especial-

a las Comunidades Autónomas la de aprobar la normativa necesaria de desarrollo determina, en principio, ámbitos materiales tangentes pero no secantes, en el sentido de que la legislación autonómica solo puede ocupar los espacios materiales no regulados por la legislación básica».

125 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 2, pone de relieve que a la propiedad del suelo se le una ahora la propiedad de la vivienda. En el caso de la primera desde hace años que se cuenta con un estatuto jurídico pleno en el TRLSRU/2015 (arts. 11-17), mientras que en el caso de la propiedad de la vivienda el legislador se limita a establecer una serie de derechos y obligaciones a los que en los art. 10 (facultades) y 11 LDV (cargas) se les denomina como régimen jurídico básico.

126 En la nota informativa nº 74/2023 del TC de 26 septiembre 2003. (Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_074/NOTA%20INFORMATIVA%20N°%2074-2023.pdf. Consultada: 3-11-2023), se manifiesta que se ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la LDV presentados por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, por el Parlamento de Cataluña y por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Illes Balears y Madrid. Se impugnan numerosos artículos de la norma, entre otros, el 8 a), el 15.1, el 16, varios apartados de los art. 18, 19 y 27 así como la disposición Adicional tercera, la disposición Transitoria primera y varios apartados de la disposición final primera. En las demandas de inconstitucionalidad, se alega que la Ley recurrida podría ser contraria al régimen de distribución de competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad del Grupo Parlamentario Popular también plantea la posible vulneración del derecho de propiedad, del derecho a la tutela judicial efectiva y de la autonomía local

127 Sentencia 37/2022, de 10 de marzo de 2022, Recurso de inconstitucionalidad 6289-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda.

mente en el caso de la vivienda habitacional, el 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 (art. 10.1 CE). Entre ellos se encuentran señaladamente los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); [...]. De otro lado, la vivienda constituye 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, a pesar de sus evidentes conexiones con el derecho a la vivienda, tal regulación no se encuadra con carácter principal en esa materia a efectos competenciales». En esta STC, se pone de manifiesto que a pesar de la competencia exclusiva en materia de vivienda a la que hace referencia el art. 137 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, solo se refiere al «desarrollo de políticas públicas en materia de vivienda, centradas en la actividad administrativa de ordenación y fomento del sector». Por otro lado, como en la catalana Ley 11/2020 recurrida a la que se refiere la sentencia lo que se trata es de «establecer medidas de contención de la renta a percibir en un contrato, el de arrendamiento de vivienda, que no es sino un contrato, esto es, instrumento de naturaleza jurídico-privada, lo que, en principio, pone de manifiesto la naturaleza netamente civil de las regulaciones que se refieran a este tipo de contrato, en especial, si se refieren a aspectos esenciales del mismo». De modo que entendemos que el TC a la hora de dictar la sentencia relativa a la inconstitucionalidad de la LDV tendrá que analizar la amplitud de la competencia exclusiva en materia de vivienda que ha asumido cada una de las CC.AA. que ha interpuesto su respectivo recurso de inconstitucionalidad. En la doctrina, ya se ha puesto de manifiesto la dificultad de establecer la línea roja que separa la competencia autonómica en materia de vivienda y la estatal. No obstante, el TC en varias ocasiones ha puesto de relieve la necesidad de una legislación estatal sobre vivienda que sirva de parámetro de constitucionalidad a la elevada producción normativa sobre esa materia[128], además recrimina al legislador estatal que no haya ejercido la habilitación legal que le permite hacerlo que no es otra que la contenida en el art. 149.1.1.ª CE[129].

128 En este sentido se manifiesta **Sainz-Cantero Caparrós, M.B.**: «La redefinición del derecho de propiedad sobre la vivienda en la era de los bienes comunes. A propósito de la ley 12/2023 del derecho a la vivienda, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n.º 19, agosto 2023, p. 633. Disponible en: https://revista-aji.com/numero-19/. Consultado: 01-10-2023. Esta autora, que también es muy crítica con la LDV, señala que el TC en algunas de las sentencias recaídas sobre leyes autonómicas de vivienda pone de manifiesto la posibilidad de que el legislador estatal pueda incidir sobre esta materia. Pone como ejemplo la STC 80/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TC:2018:80) que afirma que: «No habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el art. 149.1.1.ª CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en el que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional». Asimismo, señala la autora que esa misma reflexión se reitera en otras Sentencias como la STC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:2018:16); STC 32/2018, de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2018:32) y la STC 43/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:2018:43).

129 El art. 149.1.1.ª CE reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre: «1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

# II. OBJETO Y CONTENIDO DE LA LDV

## 1. Derecho al acceso a una vivienda digna y adecuada

El art. 1 LDV se refiere al objeto de la ley. En su apartado 1 se establece que esta ley tiene por objeto regular «las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma». En el apartado 2, se añade que para asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda será objeto de esa ley «la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social». Sin embargo, a este contenido básico se le puede objetar que no constituye un estatuto jurídico pleno del derecho a la propiedad de la vivienda como ya hemos mencionado anteriormente[130]. Por el contrario, sí que sucede así con la propiedad del suelo que cuenta con un estatuto jurídico básico en los arts. 11 a 17 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLSRU). No obstante, en la Ley del Suelo a diferencia de la LDV no existen problemas respecto del título competencial[131]. En el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Popular del Congreso, entre muchas otras objeciones a la LDV estima que se ha provocado una vulneración del derecho de propiedad[132]. No obstante, hay que tener en cuenta que el TC en toda una serie de sentencias recayentes en leyes autonómicas de vivienda ha reconocido que el contenido esencial del derecho de propiedad no se vacía por el hecho de que se impongan limitaciones sobre el mismo con base a la función social de la propiedad como sucede con la LDV[133].

130 Destaca **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 3 que la expresión vivienda asequible se repite hasta en quince artículos y en dos disposiciones Adicionales. Irónicamente la vivienda para la ley tiene que ser algo que pueda conseguirse o alcanzarse, lo que supone que esta ha de ser barata.

131 En la Disposición final segunda. Título competencial y ámbito de aplicación del RDLeg. 7/2015 puede comprobarse todas aquellas materias de competencia exclusiva del Estado que permiten dictar aquel texto legal.

132 El Así consta en la nota informativa n.º 74/2023 de la Oficina de Prensa del TC.

133 **Busto Lago, J.M.**: «La Ley por el derecho», *cit.*, pp. 6 y 7, pone de relieve la existencia de una serie de sentencias del TC en el año 2018 recayentes sobre Leyes de vivienda de Navarra, Aragón, Valencia y Euskadi) que constituyen un ejemplo paradigmático de la evolución de la función social de la propiedad privada sobre la vivienda para configurar el contenido esencial de aquel derecho. En estas resoluciones el TC «a un nuevo impulso a la formulación de la función social de la propiedad privada, avalando el deber impuesto a los propietarios de viviendas de destinarlas a un uso residencial real y efectivo. A la luz de estas sentencias cabe afirma que «el contenido esencial del derecho de propiedad privada no resulta lesionado por la imposición al propietario de deberes como el de destinar el bien efectivamente al uso que le es propio: el destino de la vivienda a un uso habitacional». Destaca este autor el caso de la STC 32/2018, de 12 de abril, relativa a la Ley, CA Andalucía, 4/2013, de 1 de octubre que declaró constitucional la redacción de su art. 1.3 que establece que «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el Ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística».

La LDV establece un concepto de vivienda a los efectos de esa ley en el art. 3. a) como el «edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial». El problema que causa esta definición es que puede chocar con los diferentes conceptos de vivienda de las diversas leyes autonómicas de vivienda. No obstante, el legislador -por si acaso- se cura en salud y ya avisa de que las definiciones del art. 3 lo son a los efectos de lo dispuesto en esa ley y en tanto no entren en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes. Esta técnica de intentar salvar la constitucionalidad se irá repitiendo a lo largo de la LDV, hasta el punto de prácticamente no hay artículo en el que no se haga referencia a la cuestión de la competencia[134].

La definición de vivienda se completa con la de «vivienda digna y adecuada» del art. 3 c) LDV que es aquella que: «por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas». Este apartado c) viene a ser una reiteración innecesaria de una gran parte del apartado a).

## 2. Regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda

En el art. 1.1 LDV se establece como objeto de la ley «el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma en condiciones asequibles». Lo anterior se completa en el apartado 2.º de ese mismo precepto donde se dice que para «asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda» se regula «el contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan». Este precepto ha sido objeto de crítica por estimarse, que ha aumentado la limitación que el propio art. 33 CE efectúa sobre el derecho a la propiedad privada mediante el recurso a la función social que «delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». De modo que, tras la entrada en vigor de la LDV, el propietario de una vivienda no sólo está obligado a «destinarla a un uso habitacional» sino

134 Hay continuas referencias al ámbito de competencia en los arts. 1.1 y 2; 2, 3 f), g); 4.1; 4.1 c); 6.2; 7.1 y 2; 8 c); 10.1 b) y c); 10.2 e); 11.1 e); 12.3 y 4; 13.1; 14.2 y 3; 15.2; 16.1.b); 16.2; 17.1; 17.1 b) y c); 18.1, 2, 4 y 5; 18.5. a); 19.1,2 y 3; 21 b) y c); 22; 23.1 y 2; 25.5; 26; 27.1 y 2; 26.1; 27.1; 27.1 c); 28.1; 29.3; 32.1; 33.1; 34.1; 35.1; 36.1; Disp. Adic.1.ª. 3; Disp. Adic.2.ª 1 c); Disp. Adic.3.ª; Disp. Transit. 2.ª 1 y 2; Disp. Transit. 3ª; Disp. Transit. 7.ª; Disp. Fin .2.ª; Disp. Fin. 5.ª, uno, dos, cuatro, seis, ocho, Disp. Fin. 7.ª (títulos competenciales).

que además debe mantenerla, conservarla y rehabilitarla[135]. De modo que son sancionables tanto su no uso habitacional, como destinar la vivienda a un uso distinto al previsto por el legislador[136]. A título de ejemplo sería el caso en que se alquilara una vivienda para ser utilizada como despacho de abogados o como piso turístico.

Se ha reprochado al legislador que con esta norma la propiedad de la vivienda salga del Código civil (art. 348 con relación al art. 334 CC) para convertirse en objeto de una especie de «tenencia tutelada y perfilada por el Estado», de modo corresponderá al legislador decidir en cada momento que pueden hacer o no los propietarios con su derecho de propiedad sobre las viviendas[137]. No obstante, también se ha mantenido la posición contraria, en el sentido de que los deberes impuestos a los propietarios de viviendas para destinarlas a un uso residencial y efectivo no lesiona el contenido esencial de la propiedad. Tesis ésta a la cual nos adherimos[138].

En el art. 1.3 LDV se establece que la ley «también tiene por objeto reforzar la protección del acceso a información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda». Esta cuestión ha sido desarrollada por la ley en el Título IV (Medidas de protección y transparencia en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda) en cuyo Capítulo I (Régimen general de

135 **Couso Pascual, J.R.**: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 13. Para **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 2, el deber de destinar la vivienda al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico necesita del apoyo de otros conceptos como el de gran tenedor y mercado tensionado.

136 **Sainz-Cantero Caparrós, M.B.**: «La redefinición», *cit.*, p. 639, señala que la sanción puede efectuase por vía administrativa, «con multas, medidas tributarias o expropiaciones; pero también civilmente con la nulidad, por ilicitud de causa, de los instrumentos jurídicos que se hayan utilizado para atribuir esa utilidad. A ello responde también la penalización fiscal (a través del Impuesto Municipal de Bienes Inmuebles sobre las "viviendas vacías" durante más de dos años salvo causas justificadas de desocupación temporal. El objetivo de estas medidas es que los propietarios de las viviendas que no "usen" las ofrezcan al mercado».

137 **Nasarre Aznar, S.**: «Ley de Vivienda», *cit.*, p. 18 además de efectuar esta dura crítica estima que mediante la LDV se produce la «expropiación de la vivienda a los que ya cuentan con una.

138 **Busto Lago, J.M.**: «La Ley por el derecho», *cit.*, pp. 6 y 7, se basa para realizar estas afirmaciones en las SSTC que en 2018 declararon la constitucionalidad de las Leyes autonómicas de vivienda de Navarra, Aragón, Valencia y Euskadi. Estas leyes constituyen un ejemplo paradigmático de la evolución de la función social de la propiedad privada sobre la vivienda para configurar el contenido esencial de aquel derecho. En estas Sentencias, el TC da un nuevo impulso a la formulación de la función social de la propiedad privada, avalando el deber impuesto a los propietarios de viviendas de destinarlas a un uso residencial real y efectivo, tal como ahora se efectúa en el art. 11.1.a LDV. En consecuencia, para este autor, caber afirmar que «el contenido esencial del derecho de propiedad privada no resulta lesionado por la imposición al propietario de deberes como el de destinar el bien efectivamente al uso que le es propio: el destino de la vivienda a un uso habitacional». Entre aquellas sentencias destaca el supuesto de la STC 32/2018, de 12 de abril, que declara la constitucionalidad del art. 1.3 de la Ley, CA Andalucía, 4/2013, de 1 de octubre. En aquel precepto se establece que «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el Ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística».

derechos e información básica) se encuentra los arts. 30 LDV (Principios básicos de los derechos, facultades y responsabilidades) y el 31 (Información mínima en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda).

En el art. 8.1.a) LDV se establece que todos los ciudadanos tienen derecho a «Disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley, ya sea en régimen de propiedad, de arrendamiento, de cesión de uso, o de cualquier otro régimen legal de tenencia». Asimismo, en el apartado b) de ese mismo precepto se establece el derecho al acceso a la información de que dispongan las administraciones sobre los programas públicos de vivienda; en los apartados c) y d) a solicitar la inscripción en los registros de demandante de vivienda protegida y en los programas de prestaciones, ayudas y recursos públicos para el acceso a la vivienda.

La doctrina estima que el art. 8 LDV viene a reiterar lo establecido en el art. 5 a) TRLSRU que establece 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 […]». No obstante, en ninguna de estas ocasiones se ha terminado de llenar el contenido el derecho de los españoles a contar con una vivienda digna y adecuada. Este derecho subjetivo no termina de configurarse del todo puesto que debería de haberse delimitado el sujeto pasivo del mismo, es decir la persona física o jurídica pública o privada, contra la que fuese judicialmente exigible ese derecho a la vivienda. Por el contrario, en la normativa autonómica sí que se ha realizado esa configuración[139]. Lo anterior no evita que la Ley/2023 puede considerarse como la primera vez en la que el legislador estatal ha intentado dotar de contenido al derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada[140]. No obstante, ya hubo un reconocimiento expreso a este derecho a la vivienda en el artículo 5.a) del Texto Refundido de la Ley del

139 **Busto Lago, J.M.**: «La Ley por el derecho», *cit.*, pp. 4 y 5, estima además que en la Ley 12/2023, no se ha configurado un auténtico «derecho subjetivo a la vivienda entendido como un poder jurídico de disposición, unitario e independiente, del que es titular una persona para la satisfacción de sus intereses». Este mismo autor estima que el derecho a la vivienda digna no se ha concebido en el LDV como un «derecho ejercitable frente a los poderes públicos, ni como un límite a la actuación de terceros para proteger al interés de su titular, sino como un instrumento al servicio de las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda para alcanzar los objetivos definidos en sus planes». Por el contrario, en algunas leyes autonómicas sí que ha sido configurado como un derecho susceptible de ser calificado como subjetivo. Este es el caso de la Ley, CA del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda (arts. 7.1 y 9.1 y 2); y la Ley, Generalitat Valenciana, 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda (arts. 4 y 6.2).

140 **Busto Lago, J.M.**: «La Ley por el derecho», *cit.*, pp. 4 y 5, estima además que en la Ley 12/2023, no se ha configurado un auténtico «derecho subjetivo a la vivienda entendido como un poder jurídico de disposición, unitario e independiente, del que es titular una persona para la satisfacción de sus intereses». Este mismo autor estima que el derecho a la vivienda digna no se ha concebido en el LDV como un «derecho ejercitable frente a los poderes públicos, ni como un límite a la actuación de terceros para proteger al interés de su titular, sino como un instrumento al servicio de las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda para alcanzar los objetivos definidos en sus planes». Por el contrario, en algunas leyes autonómicas sí que ha sido configurado como un derecho susceptible de ser calificado como subjetivo. Este es el caso de la Ley, CA del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda (arts. 7.1 y 9.1 y 2); y la Ley, Generalitat Valenciana, 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda (arts. 4 y 6.2).

Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, al establecer que «Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible […]». Así pues, la paradoja de la LDV, reside en que a pesar de su título no ofrece la posibilidad a las personas, más vulnerables o con rentas insuficientes para acceder a una vivienda en el mercado, de poder exigir a los poderes públicos una vivienda social o protegida, en régimen de propiedad o de alquiler, o en su defecto una prestación económica para acceder a ella[141]. Este precepto se encuentra entre los que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad[142].

## 3. Derechos y deberes

En el capítulo II de la LDV (arts. 10 y 11) se establece el «régimen jurídico básico del derecho de propiedad de la vivienda»[143]. De las facultades que integran el derecho de propiedad la una vivienda se ocupa el art. 10.1 LDV que también remite a la legislación estatal del suelo para incluir los derechos allí reconocidos[144]. Así pues, el derecho de propiedad de la vivienda comprende: en primer lugar, las facultades de uso, disfrute y disposición, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la que resulte de aplicación. En segundo lugar, el derecho de consulta a las Administraciones competentes sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en la que, en su caso, aquella se ubique. En tercer lugar, está la realización de obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora, de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente.

Respecto a este estatuto jurídico de la propiedad de la vivienda se han vertido importantes críticas, en el sentido de que supone una restricción al derecho de la propiedad privada y que se trata de medidas intrusivas en los derechos dominicales[145]. Asimismo, se ha criticado que para el legislador también forma parte del derecho a la vivienda estos derechos y deberes específicos del propietario de una vivienda contemplados en ellos arts. 10 y 11 LDV. Se dice que esto supone una redefinición del contenido del derecho de propiedad de la vivienda basada en la función social que la ley le asigna. Además, como estas facultades dominicales sobre la vivienda estarían determinadas por los que en cada momento decida el legislador estatal o autonómico, se estaría vaciando de contenido civil el art. 33.1 CE que se convertiría en una forma de atribución o de tenencia de la vivienda diseñada por los poderes públicos. Los defensores de esta tesis estiman que con esta

141 Sainz-Cantero Caparrós, M.B.: «La redefinición», *cit.*, p. 643, añade que el legislador estatal se limita a hacer descansar sobre el parque de viviendas privadas el derecho subjetivo a la vivienda digna que pretende instaurar a través de la LDV. Esta misma autora, en la p. 648 de su obra, señala que los poderes públicos no aparecen en la LDV como sujetos pasivos del «derecho a la vivienda», ni resultan obligados directamente a satisfacerlo. Cumplen con «promover y articular medidas».

142 Así consta en la nota informativa nº 74/2023 de la Oficina de Prensa del TC ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

143 Fuertes López., F.J.: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 8.

144 El estatuto jurídico de la propiedad del suelo está regulado en los arts. 11 a 17 TRLSRU

145 Nasarre Aznar, S.: «Ley de Vivienda», *cit.*, p. 18, también destaca que las normas de los arts. 10 y 11 LDV son de naturaleza civil y no administrativa como sería la política de vivienda (ordenación del territorio, urbanismo y vivienda) a la que se refiere el art. 148.1.3 CE.

redefinición se pone de manifiesto que la *ratio legis* de la LDV es convertir a la vivienda privada en un servicio público. Lo que supone una expropiación para los propietarios, pero sin compensación alguna, lo que podría ser causa de inconstitucionalidad[146].

No compartimos esta opinión, puesto que el propietario no pierde esta condición por el hecho de que se establezcan límites a su derecho dominical[147]. No hay que olvidar que en la definición legal del derecho de propiedad del art. 348 CC, tras decirse que aquella consiste en «el derecho de gozar y disponer de una cosa», ya se prevé que aquella está sometida a restricciones al decir «sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Asimismo, el art. 33 CE, tras reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia puntualiza que «2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. En todo caso, para poder hablar de expropiación el propietario tendría que ser privado de «sus bienes y derechos». En el caso de la LDV si bien está limitando algunos derechos a los propietarios, sin embargo, no les priva por completo de ellos.

En el apartado 2 del art. 10 LDV se establece que corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda velar por el pleno ejercicio de los derechos de propiedad de la vivienda «actuando de manera concertada y coordinada en la promoción de las acciones previstas en la legislación y en los planes y programas aplicables para favorecer el acceso a la vivienda»[148].

---

146 **Sainz-Cantero Caparrós, M.B.**: «La redefinición», *cit.*, pp. 635, 643, 650, 654, 659, 660. En parecidos términos **Nasarre Aznar, S.**: «El Proyecto de Ley de vivienda 2022», Apuntes 2022/11, Abril 2022, FEDEA. fedea.net https://documentos.fedea.net› 2022 › ap. 2022-11.

147 En la En la STC 16/2018, de 22 de febrero, recayente sobre la sobre la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, que a su vez introduce un título V *bis* rubricado «De los instrumentos administrativos para evitar la existencia de viviendas deshabitadas», que contiene los artículos 42 *bis* a 42 *septies*. En el FJ 5.º se establece que aquellos artículos «no prevén, ni siquiera de un modo tácito, que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social. Rechazamos, por tanto, la premisa del argumento con el que el Abogado del Estado sostiene que estos preceptos han invadido el espacio competencial reservado al Estado por el artículo 149.1.1 y 8 CE, lo que nos conduce necesariamente a desestimar esta impugnación en relación a ellos». En la STC (Pleno) 32/2018, de 12 de abril, en relación con el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, en su FJ 7 se sigue el mismo argumento utilizado por la STC 16/2018.

148 El art. 10.2 LDV prevé las siguientes medidas que pueden adoptarse por las Administraciones competentes en materia de vivienda además de las previstas legalmente: a) Ayudas y subvenciones públicas. b) Incentivos fiscales. c) Gestión directa por parte de las Administraciones Públicas o sus entes instrumentales, o en colaboración con terceros, de los parques públicos de vivienda. d) Colaboración con entidades del tercer sector cuyos fines de carácter social estén vinculados con la vivienda, para facilitar la gestión de viviendas pertenecientes a los parques públicos, así como la gestión de su propio parque de vivienda social. e) Fomento de la iniciativa privada mediante convenios con los titulares de viviendas para su cesión a las Administraciones públicas competentes u otras fórmulas para favorecer el incremento de la oferta de alquiler social o a precio asequible. f) Acciones de fomento de la intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas para propiciar su efectiva ocupación.

En el art. 11.1 LDV se establecen los «deberes y cargas» que corresponden al propietario de una vivienda, además de aquellos previstos en la legislación estatal del suelo, y son los siguientes: 1.º) El deber del uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y las demás que resulten de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad. 2.º) El mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda. 3.º) Evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos. 4.º) En las operaciones de venta o arrendamiento de la vivienda, cumplir las obligaciones de información establecidas en la normativa aplicable y en los artículos 30 a 36 LDV. 5.º). En las viviendas ubicadas en una zona de mercado residencial tensionado (en adelante ZMRT) hay que cumplir con las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en los artículos 12 a 26 LDV.

En el apartado 2 del art. 11 LDV se establece que las Administraciones competentes en materia de vivienda serán las encargadas de garantizar los deberes que se imponen a los propietarios de viviendas. Para lo cual pueden declarar el incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda «habilitando a adoptar, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia del obligado, cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda (artículo 11.2 LDV).

## 4. Conceptos novedosos de la LDV

En el art. 3 LDV se establecen una serie de definiciones a los efectos de esa ley, pero precisando que en tanto no entren en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda (se sobreentiende que autonómicas) en cuyo caso, y a afectos de su regulación, prevalecerán aquellas. Así pues, el legislador vuelve a poner de manifiesto el carácter subsidiario de esta ley con relación a aquellas materias que ya hayan sido objeto de regulación por las Comunidades Autónomas. Se establecen hasta once definiciones como las de: a) Vivienda. b) Infravivienda. c) Vivienda digna y adecuada. d) Condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero. e) Gastos y suministros básicos. f) Vivienda protegida. g) Vivienda asequible incentivada h) Parque de vivienda y alojamiento del tercer sector. i) Residencia habitual. j) Residencia secundaria. k) Gran tenedor y l) Sinhogarismo. De entre este listado distinguimos las siguientes:

### A) La vivienda protegida

La LDV se refiere a la vivienda protegida [art. 3. II f)] como aquella que está «sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, tanto en ámbitos urbanos y metropolitanos, como en el medio rural». Dentro de la vivienda protegida, a su vez, se distinguen varios supuestos: 1.º) Vivienda social. Esta no es otra que «la vivienda de titularidad pública destinada al alquiler, cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal sujeta a limitaciones de renta o de venta y destinada a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado. También será considerada vivienda social aquella cuyo suelo sea de titularidad pública sobre el que se haya constituido derecho de superficie, concesión administrativa o negocio jurídico equivalente [...]. 2.º Vivienda protegida de precio limitado. Se trata de

vivienda de titularidad pública o privada, excluida la social o dotacional pública, sujeta a limitaciones de precios de renta y todos los demás requisitos que se establezcan legal o reglamentariamente y destinada a satisfacer la necesidad de vivienda permanente de personas u hogares que tengan dificultades de acceder a la vivienda en el mercado [...]. A la vivienda protegida se refiere el art. 16 LDV donde se establecen los principios por los que puede regirse a los efectos de terminar con los conocidos abusos que por parte de los adquirentes de este tipo de vivienda se han cometido en los últimos años[149].

Ya fuera de la categoría de «vivienda protegida» es novedosa la denominada «vivienda asequible incentivada» descrita en el apartado g) del art. 3 LDV. Se trata «vivienda de titularidad privada, incluidas las entidades del tercer sector y de la economía social, a cuyo titular la Administración competente otorga beneficios de carácter urbanístico, fiscal, o de cualquier otro tipo, a cambio de destinarlas a residencia habitual en régimen de alquiler, o de cualquier otra fórmula de tenencia temporal, de personas cuyo nivel de ingresos no les permite acceder a una vivienda a precio de mercado». Estos beneficios se otorgan a cambio de que se respeten ciertas reglas como la aceptación de limitaciones de destino exclusivo de residencial habitual, límites máximos del precio de alquiler, e innecesaridad de sujeción al procedimiento formal de calificación como vivienda protegida. En zonas rurales sujetas a fenómenos de pérdida de población, este tipo de vivienda podrá acompañar el desarrollo de estrategias de dinamización social y económica, así como la creación de empleo y actividad[150]. El art. 17 LDV se refiere a este tipo de vivienda y establece las reglas a las que estarán sometidas este tipo de viviendas[151].

149 « a) La vivienda debe destinarse exclusivamente a residencia habitual y estar ocupada durante los períodos de tiempo establecidos como mínimos en la legislación y normativa de aplicación. b) La adjudicación de la vivienda deberá seguir un procedimiento que asegure la transparencia, con sujeción a criterios objetivos que aseguren la pública concurrencia y den prioridad a las personas o grupos de personas demandantes que se encuentren inscritas en los registros públicos que se constituyan por parte de las Administraciones públicas con competencias en materia de vivienda, teniendo en cuenta el orden establecido en los mencionados registros públicos. c) Las personas adjudicatarias de viviendas protegidas no podrán: 1.º Ser titulares del pleno dominio o de un derecho real de uso o disfrute de ninguna otra vivienda, salvo inadecuación sobrevenida de la vivienda que ocupen a sus circunstancias personales o familiares u otras circunstancias objetivas debidamente acreditadas. 2.º Superar el nivel de ingresos máximo, en función de las características de la unidad de convivencia, que haya establecido la normativa reguladora.

150 Cuatrecasas: «Nueva Ley de Vivienda: aspectos clave», p. 5. Disponible en: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/inmobiliario/art/nueva-ley-vivienda-aspectos-clave. Consultado: 1-06-2023

151 Entre estas medidas destacamos las siguientes: a) Sometimiento de la vivienda a limitaciones específicas de destino durante un tiempo determinado y a unos límites máximos de precios de alquiler, que serán proporcionales y ajustados a los beneficios públicos que obtenga, sean urbanísticos, fiscales, o de cualquier otro carácter, determinadas por la Administración que los otorgue. b) Destino de la vivienda exclusivamente a residencia habitual de la persona arrendataria, que tenga dificultades para acceder a una vivienda a precios de mercado, de acuerdo con los criterios que fije la Administración competente.

### B) Gran tenedor de vivienda

Otra definición a destacar es la que se efectúa en la letra K) del art. 3 LDV la de «gran tenedor», que será la persona física o jurídica «titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros». Al gran tenedor se le va a imponer un deber de colaboración y suministro de información en las ZMRT tal como reza el epígrafe del art. 19 LDV (Colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado).

Esta expresión ha sido utilizada por primera vez en nuestro país en la legislación autonómica[152]. Con posterioridad este término se ha sido incorporado a la legislación estatal de la época del Covid en la que se establecían toda una serie de «medidas urgentes» por esta causa, especialmente aquellas que se fijaban para la protección de personas vulnerables en materia de vivienda[153]. Sin embargo, los requisitos exigidos para ser considerado

152 La primera vez que se utiliza la expresión «gran tenedor» ha sido en la legislación catalana, en concreto en la LEY 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. En la vigente versión de esta ley, en su art. 9 se establece que: «A efectos de la presente ley, se entiende que son grandes tenedores de viviendas: a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil. b) Las personas jurídicas que, por sí solas o a través de un grupo de empresas, sean titulares de más de diez viviendas ubicadas en territorio del Estado […]. c) Los fondos de capital riesgo y de titulización de activos. d) Las personas físicas que sean propietarias de más de quince viviendas, o copropietarias si su cuota de participación en la comunidad representa más de 1.500 metros cuadrados de suelo destinado a vivienda […]». En otras Comunidades Autónomas también se ha utilizado la expresión gran tenedor. Así, en la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana. En el Decreto 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas. En la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears. Decreto-ley 3/2020, de 28 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda. En la Ley 1/2023, de 15 de febrero, de modificación de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, y del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en relación con la adopción de medidas urgentes para afrontar la inactividad de los propietarios en los casos de ocupación ilegal de viviendas con alteración de la convivencia vecinal. En la Ley 4/2023, de 29 de marzo, que modifica la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, y por la que se crea el Impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores, el Fondo de Garantía de Adquisición de Vivienda de Extremadura y el Mecanismo de garantía de alojamiento y realojamiento del menor y se modifican otras normas tributarias.

153 En la legislación estatal el término gran tenedor ha sido utilizado en el cúmulo de normas de «medidas urgentes» dictadas durante la pandemia: Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

como gran propietario varían de un texto legal a otro. La acotación del espacio del que disponemos para realizar este trabajo nos impide en entrar en el detalle de estas diferencias. En el inciso final de la letra k) del art. 3 prevé la posibilidad de aplica unos requisitos más restrictivos para ser considerado como gran tenedor cuando se trata de un ámbito territorial de mercado residencial tensionado. En este caso para ser «gran tenedor» será suficiente con ser titular de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, siempre que así se haya sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa. Sin embargo, aunque en las ZMRT se baja de 10 inmuebles urbanos a 5 por el contrario no existe ninguna rebaja respecto de la superficie construida de más de 1.500 m2.

No podemos cerrar la cuestión de los grandes tenedores sin hacer una referencia a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. A esta ley se la ha conocido como la «ley anti-okupación» por aportar ventajas procesales para la desocupación de viviendas por la vía civil[154]. Sin embargo, estimamos que no ha producido los efectos deseados por establecer un concepto negativo implícito de gran poseedor. Así pues, entre otros requisitos exigidos para que prosperase la denominada acción del «desalojo exprés» se requería que la persona demandante estuviese incluida en el grupo de las descritas en el art. 250.1.4 II LEC[155]. De modo que aquellos que no fueran «persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social» no podían defender su derecho de propiedad por esta vía. Esta distinción entre personas jurídicas para poder ejercer una pretensión en defensa de su derecho de propiedad fue ampliamente criticada por una parte de la doctrina, entre la que nos

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria. En 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, en su art. 46 a) II se establece que: Se entenderá como gran tenedor a los efectos de este artículo a la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros.

154 Perarnau Moya, J.: «Desalojo de "okupas"», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, Núm. 5. Desahucios y arrendamientos, Mayo 2019, p. 67. Disponible en: https://app.vlex.com/#vid/des<alojo-okupas-783754245. (Consultado el 25-06-2023).

155 El art. 250.1.4.II, que ahora ha sido modificado por la LDV, establecía que se decidirán en juicio verbal, las demandas siguientes: [...] 4.º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

incluimos[156]. No tenemos datos estadísticos del perfil medio del titular de las propiedades okupadas pero en la prensa uno de los más citados es el SAREB que a partir del año 2022 ha virado parte de su política comercial hacia el alquiler social[157].

El concepto de gran tenedor, junto con el de ZMRT, constituye uno de los dos elementos clave para la aplicación de la LDV. Muchos de los derechos y obligaciones establecidos por la ley necesitan de la concurrencia de uno o de ambos conceptos para poder aplicarse[158]. La expresión gran tenedor sólo se utiliza en tres ocasiones en el articulado de la LDV: en la definición del arts. 3 k); en el 19.2 y 3 para imponerles la obligación de colaborar y suministrar información a la administración en las ZMRT y en la Disposición Transitoria 3.ª. Sin embargo, el concepto de gran tenedor sí que se ha incorporado con gran profusión en los textos legales que han sido modificados por la LDV[159].

### C) Zonas de Mercado Residencial Tensionado

En otros preceptos de la ley también se introducen otras figuras novedosas como la regulada en el art. 18.1 LDV bajo el nombre de «zonas de mercado residencial tensionado». Las Administraciones competentes en materia de vivienda podrán declarar esta

156 Esta reducción de los legitimados activos de este procedimiento privilegiado ha sido criticada por **Perarnau Moya, J.**: «Desalojo», *cit.*, p. 63. **Rodríguez Almirón, F.J.**: «Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 132, III, Época II, diciembre 2020, pp. 198. Disponible en: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estudio-jurisprudencial-cuestiones-controvertidas-857503800. (Consultado el 4-06-2023). **Hinojosa Segovia, R.**: «La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales», *El Notario del siglo XXV*, n. º 80, julio-agosto 2018. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/opinion/opinion/8787-la-defensa-de-los-derechos-de-los-titulares-legitimos-frente-a-las-ocupaciones-ilegales. Consultado: 14-04-2021. **Bastante Granell, V.**: «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos "ocupa" y "ocupado». *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 47/2018. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 19-04-2021). **Arnau Moya, F.**: «Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados», *RBD*, núm, 32, 2021, pp. 344, 361 y 362. Disponible en: https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2021/09/13._Federico_Arnau_Moya_pp._314-365.pdf. (Consultado el 25-06-2023).

157 **Simón Ruiz, A.**: «Sareb sufre 2.350 okupaciones y ofrece alquileres a 195 euros», *El País*, 29-junio-2023. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/companias/2023-06-29/sareb-sufre-2350-okupaciones-y-ofrece-alquileres-a-195-euros.html. Consultado: 03-11-2023. El Sareb reconoce que otras 2.349 viviendas están okupadas ilegalmente por personas a las que la entidad no considera personas vulnerables, por lo que combatirá judicialmente para que sean desahuciadas. Otras 1.893 viviendas corresponden a convenios con Administraciones para familias de bajos ingresos, 4.105 actualmente están en fase de estudio para este programa y, finalmente, otras 3.597 residencias pagan precios de mercado. Sareb viró hacia el alquiler social en el último año, en una reivindicación histórica de Unidas Podemos, desde el control público de la sociedad a partir de abril de 2022.

158 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 2.

159 A través de las modificaciones que se efectúan en la disposición final primera LDV. Se incorpora la expresión gran tenedor en los siguientes artículos de la LAU: art. 10.2 (prórroga del contrato), 17.7 LAU. También se ha incorporado esta expresión por vía de la Disposición final quinta en toda una serie de preceptos de la LEC: arts. 439, 6 b) y C), art. 441. 5, art. 655 bis y art. 685.2.

especial figura «en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado, de acuerdo con las diferentes necesidades territoriales». La ZMRT es una figura clave dentro de la LDV puesto que toda una serie de derechos que aquella reconoce están supeditados a que un determinado ámbito territorial obtenga esta declaración[160] Este precepto ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad [161].

El procedimiento para la declaración de una ZMRT ha de pasar por varias fases: 1.ª) Procedimiento preparatorio previo de recogida de información. 2.ª) Trámite de información pública. 3.ª) Declaración mediante resolución motivada de un ámbito territorial como ZMRT. Las reglas a seguir dentro de cada una de estas fases se recogen en el art. 18.2 LDV: en el apartado a) se contempla el procedimiento preparatorio previo para la obtención de «información relacionada con la situación del mercado residencial en la zona, incluyendo los indicadores de los precios en alquiler y venta de diferentes tipos de viviendas y su evolución en el tiempo; los indicadores de nivel de renta disponible de los hogares residentes y su evolución en el tiempo que, junto con los precios de vivienda, permitan medir la evolución del esfuerzo económico que tienen que realizar los hogares para disponer de una vivienda digna y adecuada». En nuestra opinión se plantea un problema para averiguar los indicadores de los precios en alquiler, puesto que en el caso de los precios de venta estos sí que pueden ser facilitados por la Dirección General del Catastro del Ministerio de Hacienda y Función Pública[162] . Este inconveniente solo podrá ser solucionado cuando se cuente con la base de datos de contratos de arrendamientos de vivienda prevista en la Disposición Adicional 1ª LDV. En el apartado b) del art. 18. 2 LDV se hace referencia al trámite de información pública. Se pondrá a disposición de los interesados la información

160 Esta figura tiene su precedente en dos leyes autonómicas: por un lado, la Ley Foral 20/2022, de 1 de julio, *para el fomento de un parque de vivienda protegida y asequible en la Comunidad Foral de Navarra.* Esta ley, en su art. 33 modifica la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, *del Derecho a la Vivienda en Navarra,* lo que supone la incorporación de un nuevo Ley un Título X, que gira bajo el epígrafe de Zonas de Mercado tensionado (arts. 97 a 98). Por otro lado, se emplea una denominación similar, la de «áreas con mercado de vivienda tenso» contempladas en la catalana Ley 11/2020, de 18 de septiembre, *de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda*. La STC 37/2022, de 10 de marzo ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 1, 6 a 13, 15 y 16.2 de la citada ley. Por el contrario, la Ley Foral 10/2010 no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad aun a pesar de que de modo similar a la norma catalana contiene limitación a las rentas de los contratos de alquiler en las zonas de mercado residencial tensionado en el nuevo art 98 (*Contención de precios en las zonas de mercado residencial tensionado)* que incorpora a la Ley Foral 10/2010.

161 El apartado 1 del art. 18 LDV es uno de los que según la nota informativa nº 74/2023 de la Oficina de Prensa del TC ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

162 Para la obtención de aquellos datos, según el inciso final del apartado 2.a) del art. 18 LDV, se puede tener en cuenta «en lo relativo a la distribución de los precios de venta, los ámbitos territoriales homogéneos de los mapas de valores de uso residencial que elabore la Dirección General del Catastro del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en el marco de sus informes anuales del mercado inmobiliario, de conformidad con la Disposición Final 3.ª del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo».

sobre la que se basa tal declaración, incluyendo los estudios de distribución espacial de la población y hogares, su estructura y dinámica, así como la zonificación por oferta, precios y tipos de viviendas. En el apartado c) se recoge que la declaración de un ámbito territorial como ZMRT se efectuará mediante resolución motivada de la autoridad competente en materia de vivienda en la zona. La referida resolución deberá ser comunicada a la Secretaría General de Agenda Urbana y Vivienda del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. En el apartado d) se establece que la vigencia de la declaración de un ámbito territorial como ZMRT será de tres años prorrogables anualmente.

En el apartado 3 del art. 18 LDV se exige que la declaración de ZMRT vaya acompañada de una memoria que justifique «a través de datos objetivos y fundamentada en la existencia de un especial riesgo de abastecimiento insuficiente de vivienda para la población residente, incluyendo las dinámicas de formación de nuevos hogares, en condiciones que la hagan asequible» cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias: a) Que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el 30 % de los ingresos medios o de la renta media de los hogares. b) Que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los 5 años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos tres puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del IPC la comunidad autónoma correspondiente.

En el apartado 4 del art. 18 LDV se establece que la declaración de una ZMRT conllevará la redacción, por parte de la Administración competente, de un plan específico que propondrá las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios evidenciados en su declaración, así como su calendario de desarrollo.

En el apartado 5 del art. 18 LDV se establece que el Departamento Ministerial competente en materia de vivienda, en el marco del ejercicio de las competencias estatales, podrá desarrollar, de acuerdo con la administración territorial competente, un programa específico para dichas ZMRT, que contemplará la diversidad territorial, tanto en entornos urbanos o metropolitanos como en zonas rurales, que modificará o se anexará al plan estatal de vivienda vigente, y habilitará al Estado para:

a) Promover fórmulas de colaboración con las administraciones competentes y con el sector privado para estimular la oferta de vivienda asequible en dicho ámbito y en su entorno.
b) El diseño y adopción de medidas de financiación específicas para ese ámbito territorial que pudieran favorecer la contención o reducción de los precios de alquiler o venta.
c) El establecimiento de medidas o ayudas públicas específicas adicionales dentro del plan estatal de vivienda vigente, de acuerdo con las previsiones que en su caso éste establezca.

Finalmente, en el art. 6. LDV se establece que «la aplicación del programa establecido en el apartado anterior podrá implicar la adopción de medidas en el seno de la Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales, encaminadas a favorecer el incremento de la oferta de vivienda social y asequible incentivada conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 2.ª de esta ley».

En estas ZMRT, de acuerdo con el art. 19.1 LDV, se podrá imponer a los «grandes tenedores» la obligación de colaborar con las administraciones competentes en materia de vivienda. Aquellos tendrán que proporcionar información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad que se encuentren dentro de la ZMRT. La información que el gran tenedor tendrá que aportar a requerimiento de la Administración, de acuerdo con el art. 19. 3 LDV, se referirá al año natural anterior, e incluirá toda una serie de información respecto a sus viviendas dentro de la ZMRT: «a) Los datos identificativos de la vivienda, y el edificio en que se ubica, incluyendo la dirección postal, año de construcción y, en su caso, año y tipo de reforma, superficie construida de uso privativo por usos, referencia catastral y calificación energética. b) Régimen de utilización efectiva de la vivienda, en el contexto de los de usos previstos en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. c) Justificación del cumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de vivienda, establecidos en el artículo 11 de esta ley». Finalmente, en el art. 19. 4 se establece que de acuerdo con la información aportada por los grandes tenedores las Administraciones Públicas podrán establecer fórmulas de colaboración con los propietarios con objeto de favorecer el incremento de la oferta de alquiler asequible en la zona.

La expresión zonas de mercado residencial tensionado se utiliza en los arts. 3, 11, 15.1 e), 18, 19, 20, 24, 25, 31 y en las disposiciones adicionales segunda y tercera de la LDV. A través de la Disposición Final 1.ª LDV se ha incorporado la expresión ZMRT a algunos artículos de la LAU[163]. En nuestra opinión, las ZMRT no se aplicarán en aquellas Comunidades Autónomas que como la de Madrid ya han manifestado su oposición a la LDV[164].

## D) El sinhogarismo

En la letra l) del art. 3 LDV se define el sinhogarismo de manera más amplia que la podríamos aplicar a las denominadas «personas sin techo» o a la que se refiere la expresión inglesa «homeless» que al fin y al cabo se refiere a las personas que duermen en la calle. El sinhogarismo al que se refiere la LDV también se refiere a quienes dispongan de un techo bajo el que cobijarse, pero el inmueble en el que residen se trata de «una

163 La expresión ZMRT se ha incorporado a través de la Disposición Adicional 1.ª a la LAU (arts. 10.3, 17.6, 17.7 y se añade una «Disposición Transitoria 7.ª. Aplicación de las medidas en zonas tensionadas. Asimismo, mediante la Disposición Final 2.ª. (Incentivos fiscales aplicables en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda) se ha introducido esta expresión en el art. 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. A diferencia de lo que ha sucedido con el término gran tenedor la ZMRT no ha sido incluida en ningún precepto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

164 **Escolar, I.**: «El Gobierno de Ayuso anuncia un recurso de inconstitucionalidad contra la ley de Vivienda a cuatro días de las generales», *ElDiario.es*, 19-07-2023. En este artículo de prensa se destaca que «El Gobierno regional que preside Isabel Díaz Ayuso considera que la norma «invade competencias autonómicas». Así se ha manifestado también el consejero de Vivienda y Transportes, Jorge Rodrigo en rueda de prensa tras la celebración del Consejo de Gobierno al decir que «Creemos que la vivienda es una competencia exclusiva de la Comunidad de Madrid y el Estado se está extralimitando». [Finalmente esta amenaza de recurso de inconstitucionalidad se ha visto materializada…]

vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia». Entendemos que dentro de la expresión «sin título legal» habría que incluir al fenómeno de la okupación. La expresión sinhogarismo vuelve a utilizarse el art. 14.3 LDV, relativo a las situaciones de especial vulnerabilidad, al señalar que la lucha contra este fenómeno corresponde a las Administraciones competentes.

### E) La vulnerabilidad

La expresión situación de vulnerabilidad no se define en el art. 3 LDV donde habría tenido que ser incluida habida cuenta de las ocasiones se utiliza este término, no solo en la LDV sino en la legislación que ha sido modificada a resultas de su publicación. Esta expresión se incluye entre los fines de las políticas públicas de vivienda (art 2 LDV). Asimismo, tiene la condición de elemento transversal de la LDV puesto que se menciona dentro de los derechos de los ciudadanos, en la acción del estado en materia de vivienda, en la planificación y con ocasión de los parques públicos de vivienda entre otros[165]. El término vulnerabilidad ha sido profusamente utilizado en la LDV figurando en los arts. 2 e) y 2 h), 2 i), 2 p), 3 h); 8 b), 12.3, art. 14.1 (situaciones de especial vulnerabilidad), 23.2 c), 24.2 c) y f) y 24. 5, 25.4 a), 27.1, 29.1, 33.1 f) y la Disposición adicional cuarta. Asimismo, como consecuencia de la publicación de la LDV esta expresión se ha incorporado en el art 10.2 LAU; también en el art. 23.2 de Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio y finalmente, asimismo ha sido incorporado este término a los arts. 439.6 y 7; 441,5; 655 bis.1 y 685.2 LEC.

De entre los citados preceptos es de destacar el art. 14.2 LDV en el que se establece que las Administraciones competentes en materia de vivienda podrán identificar dentro de su ámbito territorial, las zonas que precisen actuaciones de regeneración y renovación urbana para avanzar en la erradicación de situaciones de infravivienda, a través de acciones integradas que prevengan y reparen la exclusión social y residencial de la población residente.

## 5. Colaboración entre administraciones publicas

El capítulo II de la LDV se refiere a la colaboración y cooperación entre administraciones públicas en materia de vivienda. En el art. 20 LDV bajo el epígrafe de «colaboración entre la entre las administraciones públicas en materia de vivienda» se establece que las administraciones públicas y entidades vinculadas o dependientes colaborarán y cooperarán «en materia de vivienda, rehabilitación, regeneración y renovación urbana» en toda una serie de ámbitos. Entre ellos a) Compartiendo la información que cada administración o entidad disponga o elabore relativa a estas materias. b) Mediante los Protocolos Generales de Actuación o convenios que se suscriban entre las partes para acordar ámbitos y compromisos específicos de actuación, ya sea en desarrollo de los planes estatales, los que se refieran a zonas declaradas como de mercado residencial tensionado, u otros que se acuerden entre las administraciones implicadas. c) Mediante los acuerdos aprobados en el seno de los órganos de cooperación en este ámbito.

165 Fuertes López., F.J.: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 6.

En el art. 21 LDV (Órganos de Cooperación en materia de vivienda y suelo) se mencionan aquellos órganos de cooperación en materia de vivienda y suelo. Estos son la a) Conferencia Sectorial de Vivienda y Suelo. b) Comisión Multilateral de Vivienda y Suelo y c) las Comisiones Bilaterales de Vivienda y Suelo[166]. Tanto en el primer como en el tercer órgano intervienen las Comunidades Autónomas.

Tras las elecciones autonómicas varias de las Comunidades Autónomas gobernadas por el Partido Popular (Andalucía, Illes Balears y Madrid) han interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la LDV. Entendemos que durante toda la tramitación del citado recurso y al menos hasta que se dicte la sentencia por el TC desde estas comunidades la colaboración con el la Administración estatal para cumplir con los mandatos de la LDV será prácticamente nula. De acuerdo con lo manifestado por la prensa estimamos que una suerte de «desobediencia civil» se está aplicando en estas comunidades autónomas [167].

166 **Fuertes López, F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 2, de manera indirecta ya advierte sobre la problemática que puede generarse con la necesaria cooperación entre diferentes administraciones al decir que «resulta curiose que primero se dispare (la ley) y luego se pregunte al resto de administraciones en materia de vivienda». Esto es lo que parece ocurrir cuando se regulan los diferentes órganos de cooperación en materia de vivienda y suelo en el art. 21 LDV.

167 **Aduriz, I.**; **Cortizo. G** y **Moraga, C**: «Las comunidades del PP boicotean la ley de vivienda y rechazan declarar zonas tensionadas para limitar alquileres» (Disponible en https://www.eldiario.es/politica/comunidades-pp-boicotean-ley-vivienda-rechazan-declarar-zonas-tensionadas-limitar-alquileres_1_10614050.html. Consultado: 2-11-2023). En esta noticia se señala que «Tras llevar la normativa ante el Constitucional, los populares impiden desde sus gobiernos autonómicos que se pueda intervenir en el mercado en ciudades con precios disparados y cuyos alcaldes han solicitado formalmente acogerse a la ley, como A Coruña o Getafe». La dinámica se repite en varias comunidades autónomas gobernadas por el PP, donde municipios gestionados por la izquierda solicitan a sus respectivos Ejecutivos autonómicos la declaración de zona tensionada de parte o la totalidad de sus ciudades, una condición imprescindible para poder controlar los galopantes encarecimientos de los precios de los alquileres. Pero sistemáticamente esos gobiernos en manos del PP —que junto a varias de sus comunidades ha recurrido la normativa ante el Tribunal Constitucional—, rechazan las peticiones por la directriz de la dirección del partido que preside Alberto Núñez Feijóo de boicotear la norma aprobada en Cortes por PSOE, Unidas Podemos, ERC y EH Bildu .El «no» del Gobierno de Isabel Díaz Ayuso ya lo tiene uno de los grandes municipios madrileños que ha solicitado formalmente esa declaración de zona tensionada, Getafe (180.000 habitantes), mientras el problema de la vivienda se agrava también en Fuenlabrada (190.000) o Parla (128.000). Estos ejemplos de localidades gobernadas por el PSOE que no han logrado la colaboración de sus gobiernos autonómicos para poder actuar sobre el mercado del alquiler se repiten también en una de las capitales gallegas, A Coruña (244.000 vecinos), y es previsible que ocurra lo mismo con Santiago de Compostela (96.000), en este caso en manos del BNG y Compostela Aberta, que prevé solicitarlo próximamente.

## 6. Protección y transparencia en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda

El art. 30 LDV (Principios básicos de los derechos, facultades y responsabilidades) en su apartado 1 establece los derechos de los demandantes, adquirentes o arrendatarios de vivienda o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute. En primer lugar, en la letra a) se remite a los derechos reconocidos por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, así como a la legislación autonómica aplicable[168]. A continuación, en la letra b) de manera más precisa se citan los siguientes derechos: «recibir información, incluida la suministrada por medios publicitarios, en formato accesible para personas con discapacidad o dificultades de comprensión, que sea completa, objetiva, veraz clara, comprensible y accesible, sobre las características de las viviendas, sus servicios e instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su adquisición, arrendamiento, cesión o uso». En la redacción de este apartado no se explicita quien es el obligado a proporcionar esta información. Sin embargo, como el apartado 2 del art. 30 LDV se exige esta misma información a los profesionales que intervienen en el sector inmobiliario cabe deducir por exclusión que se trata de obligaciones que se exigen a los propietarios de vivienda cuando actúan a título particular y no como empresarios. Este sería el caso en el que el titular de un derecho de uso sobre una vivienda la arrienda o cuando el propietario la vende de segunda mano.

En el art. 30.2 LDV también se exige el deber de «información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible conforme lo previsto en esta ley, así como en la legislación de defensa de consumidores y usuarios» a todos los agentes que operen en el sector inmobiliario y que estén facultados para la transmisión, arrendamiento y la cesión de viviendas en nombre propio o por cuenta ajena. Por otro lado, la publicidad que realicen queda sujeta «a la legislación general que la regula, con prohibición, en particular, de cualesquiera actos publicitarios con información insuficiente, deficiente o engañosa»[169].

168 Couso Pascual, J.R.: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 15, estima que se trata de una innecesaria refrenda del RDLeg 1/2007.

169 En la Disposición Adicional 6.ª de la LDV se regula la figura de los administradores de fincas: «1. A los efectos de la presente ley y de las actividades que regula, son administradores de fincas las personas físicas que se dedican de forma habitual y retribuida a prestar servicios de administración y asesoramiento a los titulares de bienes inmuebles y a las comunidades de propietarios de viviendas.
2. Los administradores de fincas, para ejercer su actividad, deben tener la capacitación profesional requerida y deben cumplir las condiciones legales y reglamentarias que les sean exigibles.
3. Los administradores de fincas, en el desarrollo de su actividad profesional, deben actuar con eficacia, diligencia, responsabilidad e independencia profesionales, con sujeción a la legalidad vigente y a los códigos éticos establecidos en el sector, con especial consideración hacia la protección de los derechos de los consumidores establecidos por las comunidades autónomas y en esta ley.
4. Para garantizar los derechos de los consumidores, los administradores de fincas deben suscribir un seguro de responsabilidad civil, pudiendo hacerlo directa o colectivamente».

Finalmente, en el art. 30. 3 LDV se establece que ha de entenderse por información o publicidad a los efectos de los apartados anteriores: «toda forma de comunicación dirigida a demandantes de vivienda, usuarios o al público en general con el fin de promover de forma directa o indirecta la transmisión, el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de viviendas. Se entiende incompleta, insuficiente o deficiente la información que omita datos esenciales o los contenga en términos capaces de inducir a error a los destinatarios o producir repercusiones económicas o jurídicas que no resulten admisibles, por perturbar el pacífico disfrute de la vivienda en las habituales condiciones de uso».

En el art. 31 LDV se establece la información mínima exigible en las operaciones de compraventa y arrendamiento de vivienda antes de la formalización del contrato y en formato accesible y duradero. En el apartado 1 en la letra a) se exige la identificación del vendedor o arrendador y, en su caso, de la persona que intervenga en la intermediación. En la letra b) se exigen las condiciones económicas de la operación como el precio total y conceptos que incluye, así como las condiciones de financiación o pago. En la letra c) se requieren las características esenciales de la vivienda y del edificio: certificado o cédula de habitabilidad, superficie útil y construida, antigüedad y principales reformas, servicios e instalaciones individuales y comunes, certificado de eficiencia energética, accesibilidad y estado de ocupación o disponibilidad) de la vivienda. En la letra d) se exige la información jurídica del inmueble identificación registral, cargas, gravámenes o afecciones y la cuota de participación). En letra e) se requiere que en las viviendas protegidas que se informe sobre el régimen legal que sea aplicable. En la letra f) se exige que en los edificios que estén protegidos arquitectónicamente que se aporte información sobre el nivel de protección. En la letra g) se establece un deber genérico de información sobre «Cualquier otra información que pueda ser relevante para la persona interesada en la compra o arrendamiento de la vivienda, incluyendo los aspectos de carácter territorial, urbanístico, físico-técnico, de protección patrimonial, o administrativo relacionados con la misma».

En el art. 31.2 LDV se establece que el interesado en la compra o arrendamiento de una vivienda podrá requerir información sobre la detección de amianto o cualquier otra sustancia nociva.

En el art. 31.3 LDV se establece que el caso de que la vivienda vaya a ser objeto de vivienda habitual y se encuentre en una ZMRT que el propietario deberá de informar al respecto antes de formalizar el contrato. También tendrá que hacer constar en el documento del contrato la cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, así como del valor que le pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que resulte de aplicación.

En la LDV no se establecen las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones de información. En consecuencia, en la contratación realizada entre particulares habrá que aplicar las reglas generales de la compraventa civil, por el contrario, en los contratos de compraventa en los que intervenga un profesional y un particular habrá que aplicar la legislación de consumo[170]. El hecho de regular en la LDV cuestiones que son propias de

170 Couso Pascual, J.R.: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 15.

la normativa de los contratos de compraventa supone una duplicación de regulaciones que provoca confusión entre compradores y vendedores que a su vez se traduce en una reducción de la seguridad jurídica[171].

# III. NUEVAS MEDIDAS INTRODUCIDAS POR LA LDV

La LDV introduce toda una serie de medidas que afectan a otras leyes preexistentes para resolver el problema de la insuficiencia de la oferta de viviendas. En primer lugar, están las medidas de tipo civil que afectan al ámbito de los contratos de arrendamiento y que, para controlar los precios de los alquileres se ha modificado algunos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Disposición Final 1.ª LDV). A continuación, están una serie de previsiones de tipo procesal que afectan a los procedimientos de desahucio, así como a las ejecuciones hipotecarias y a las subastas de bienes en situaciones de vulnerabilidad y provocan modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición Final 5.ª). Finalmente, se encuentra un tercer grupo de propuestas de naturaleza administrativa como es el caso del tratamiento del parque público de viviendas (art. 27 y ss.), la identificación de viviendas o inmuebles de uso residencial vacíos (art. 34), los administradores de fincas (Disposición Adicional 6ª) o los denominados fondos de vivienda asequible (art. 25). Algunas voces vaticinaron que todas estas medidas provocarían con toda seguridad un amplio debate doctrinal, como así ha sucedido[172]. Asimismo, se han criticado este tipo de medidas, destacando de entre todas ellas el «control de renta duro» que puede provocar unos efectos totalmente opuestos a los buscados por el legislador como son la contracción de la oferta de la vivienda en alquiler y el aumento de las rentas[173]. Este tipo de limitaciones a las rentas provenientes de los arrendamientos no se trata de ninguna novedad introducida por el legislador español puesto que ha sido una medida que se ha aplicado en muchos países de nuestro entorno jurídico[174].

171 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», cit., p. 10, no solo entiende que se puede reducir la seguridad jurídica sino en ocasiones incluso eliminar.

172 **Couso Pascual, J.R.**: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 15.

173 **Nasarre Aznar, S.**: «Ley de Vivienda», *cit.*, p. 21, llega a esas conclusiones teniendo en cuenta el inconstitucional experimento catalán de la ley 11/2020. Además, estima que también se producirá un aumento de las compraventas, mercado negro y expulsión de las viviendas de los que menos tienen. Ahora no solo del mercado de las viviendas en propiedad sino también de las de alquiler. **Sainz-Cantero Caparrós, M.B.**: «La redefinición», *cit.*, p. 642, señala que los expertos en el mercado inmobiliario español pronostican que estas medidas provocarán que los contratos de arrendamiento de larga duración disminuyan en favor de los temporales o los turísticos y que la oferta del alquiler en general disminuya, incluso a pesar de las penalizaciones por la existencia de vivienda vacías o destinadas a otros usos. Todo lo anterior provocará un encarecimiento del alquiler que se traducirá en una exclusión progresía al acceso a las viviendas de las personas con rentas medias y bajas.

174 **López-Rodríguez, D.** y **Matea, M.Ll.**: «La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional», *Documentos ocasionales* n.º 2002, Banco de España, Madrid, 2020, pp. 15, 18, 19, 20: Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/20/Fich/do2002.pdf. Consultado: 10-10-2023. El sistema del establecimiento limitaciones a las rentas

## 1. Modificaciones de la Ley de arrendamientos urbanos

Uno de los ámbitos que más se han visto afectados por la LDV ha sido el de los contratos de arrendamientos de vivienda regulados por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU). En el caso de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2023 continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era aplicable. No obstante, si las partes lo acuerdan podrán adaptarse al nuevo marco de la LDV si así lo acuerdan y no resulta contrario a las previsiones legales (Disposición Transitoria 4ª.1 LDV).

Las nuevas medidas que en materia arrendaticia introduce la LDV se contienen en la Disposición Final 1.ª y se refieren a los nuevos casos de prórroga obligatoria extraordinaria (nuevo art. 10 LAU), la limitación de la renta (nuevo art. 17 LAU. Para realizar estas reformas en la Disposición Final primera LDV se modifica el art. 10 LAU, se añaden dos nuevos apartados al art. 17 LAU y también se modifica el apartado 1 del art. 20 LAU[175]. Estas medidas también han recibido críticas por ser consideradas como una intrusión del legislador en las relaciones contractuales[176]. No obstante, hay que tener en cuenta que en la STC (Pleno) 37/2022, de 10 marzo de 2022 se reconoce que recae en el Estado, y no en las Comunidades Autónomas incluso con competencia en materia de Derecho civil, la competencia para fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de

provenientes de los arrendamientos urbanos ya ha sido aplicado en otros países de nuestro entorno jurídico. En el caso de Alemania, en el que más del 50 % de los hogares están ocupados en régimen de alquiler en el año 2015 se introdujo el denominado *Mietpreisbremse* (control del alquiler). En virtud de norma se autorizaba a los gobiernos de los *länder* a permitir que sus municipios estableciesen controles de los precios en los mercados de alquiler de vivienda que se encontrasen tensionados durante un plazo máximo de cinco años. En esta ley se establecía toda una serie de medidas para determinar cuándo un mercado se consideraba tensionado. En el estado federado de Berlín se ha aprobado una nueva regulación -*Mietendeckel*- que introduce a partir de 2020 un precio máximo de alquiler y la congelación de las rentas de alquiler durante un periodo de cinco años. En Francia en 2019 entró en vigor la llamada *Ley Elan* que permite la regulación del nivel máximo de los alquileres. En virtud de esta norma las ciudades que quieran acogerse a la misma pueden limitar las subidas del alquiler a un 20 % sobre un nivel de precio medio de referencia. En los Países Bajos los precios, tanto en el mercado privado como en el de alquiler social, se regulan mediante un sistema de puntos en función de la calidad del inmueble, y en concreto, en función del tamaño, localización, características físicas y equipamiento, así como el entorno en el que se sitúa. El número de puntos asignado a una vivienda determina la renta máxima mensual, fijándose un umbral de puntos sobre el que se establece el precio máximo, y quedando excluidas las viviendas de mayor calidad.

175 En este caso se modifica el último párrafo del apartado 1 del art. 20 LAU que establece que: «Los gastos de gestión inmobiliaria y los de formalización del contrato serán a cargo del arrendador». De modo que en adelante todos los arrendadores han de correr con estos gastos y no solo lo que tuvieran la condición de persona jurídica como sucedía con la anterior versión del precepto.

176 Nasarre Aznar, S.: «Ley de Vivienda», *cit.*, p. 19, ponen de manifiesto que el Tribunal Constitucional ya alertó de que el control de renta catalán de los arrendamientos urbanos efectuado por la Ley 11/2020 (declarada inconstitucional por la STC 37/2022 afectaba al fundamento del contrato, es decir al principio general de libertad que se deduce del art. 10 CE al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad y del art. 1.1 CE.

la renta de los arrendamientos de vivienda; asimismo es competencia estatal la de efectuar las modificaciones o modulaciones de la renta para ajustar, en su caso el mercado inmobiliario en atención a lo dispuesto en el art. 47 CE[177]. Así pues, de acuerdo con aquella doctrina no nos parece factible que prospere la inconstitucionalidad de los preceptos en los que la LDV establece medidas para la contención de rentas: en primer lugar, porque siendo en este caso competencia estatal el establecimiento y modulación de las rentas los alquileres de vivienda no se produce invasión de competencias autonómicas. Por otro lado, no se vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad ex art. 33 CE por el hecho de limitarse las rentas a percibir por el propietario. Es cierto que los propietarios a los que les afecte la limitación de rentas que establece la LDV van a sufrir una merma en sus beneficios económicos. Sin embargo, aunque quede afectada la facultad de disfrute del propietario esta no queda vacía de contenido puesto que continúa disfrutando del derecho a una renta si bien con el precio limitado como consecuencia de la aplicación del principio de la función social de la propiedad. En consecuencia, estimamos que la aplicación de la función social que el legislador hace en la LDV ni anula el derecho de propiedad privada ni lo hace irreconocible[178].

177 En la STC 37/2022, de 10 marzo 2022 (ECLI:ES:TC:2022:37) se declara la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, *de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda*. El argumento utilizado por el TC para descartar la competencia autonómica en materia de limitación de las rentas de los arrendamientos de vivienda ha sido que «[e]l Estado resulta así ser el competente para fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de vivienda, así como para, en su caso, determinar sus eventuales modificaciones o modulaciones en atención al designio del legislador estatal respecto a la necesidad de ajustar o no el funcionamiento del mercado inmobiliario en atención a lo dispuesto en el art. 47 CE o en otros preceptos constitucionales».

178 En la STC (Pleno) 89/1994, de 17 marzo, se estima que el art. 57 (y por conexión, en los arts. 70, 71 y 73) del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU/64), aprobado por el Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre. El citado art. 57 establecía la prórroga forzosa indefinida de los contratos de arrendamiento concertados bajo la vigencia de aquella ley. En el FJ 5º de la sentencia se establece que «no cabe estimar que el art. 57 y conexos de la Ley de Arrendamientos Urbanos que ahora se cuestionan vulneren las disposiciones del artículo 33 de la Constitución. Y ello porque ni suponen la desaparición o negación del contenido esencial del derecho allí reconocido, ni, por otro lado, la delimitación que de ese derecho realizan carece de fundamento o justificación constitucional. En primer lugar, no puede estimarse que los artículos cuestionados eliminen o supriman el contenido esencial del derecho de propiedad. Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas hacen residir tal eliminación o supresión en la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado. Pero a este respecto es necesario concluir que ni la prórroga forzosa, ni la severidad de los requisitos exigidos para que proceda la excepción a la prórroga por causa de necesidad, en los casos de los arts. 70 y 71 de la LAU [1964] ocasionan por sí mismas la pérdida de la utilidad económica de los arrendamientos concertados. La utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución [...] los preceptos cuestionados pueden implicar una limitación del derecho de propiedad en cuanto a su utilidad económica. Pero ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal,

El propietario, aunque sufra limitaciones respecto a las cantidades a percibir no sufre un vaciamiento del contenido del derecho de propiedad[179].

En la STC 132/2019 además se estima que entre las bases de las obligaciones contractuales reservadas en exclusiva al Estado se encuentra la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) que conecta con el principio de la dignidad humana (art. 10 .1 CE) y con el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Principio de libertad de pactos que en el caso de los arrendamientos urbanos se recoge en el art. 17.1 LAU.

### A) La nueva prórroga extraordinaria

Con la nueva redacción del art. 10 LAU que se produce en virtud de la Disposición Final 1.1 de la Ley 12/2023 se introduce una nueva prórroga extraordinaria que se suma a las otras prórrogas, la obligatoria del art. 9.3 LAU y a la tácita del art. 10.1 LAU. A su vez, dentro de la nueva prórroga se distinguen dos modalidades diferentes dependiendo de si el ámbito territorial en el que se encuentre la vivienda esté declarado o no ZMRT. En cualquiera de estas dos modalidades se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor.

La primera modalidad de prórroga extraordinaria está regulada en el nuevo párrafo 2 del art. 10 LAU. Tendrá una duración de un año y se aplicará cuando finalice el período de prórroga obligatoria del contrato prevista en el 9.3 LAU, o el período de prórroga tácita prevista en el art. 10.1 LAU. Esta prórroga podrá ser aplicada previa solicitud del arrenda-

el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución». Esta STC sigue la doctrina de las SSTC 37/1987 y la 222/1992 en la que se reconoce la competencia del legislador ordinario para delimitar el contenido de los derechos dominicales en aras de su función social.

179 En muchas de las opiniones doctrinales en contra de la LDV se hace referencia a un supuesto «vaciamiento del contenido del derecho de propiedad». Esta fue la justificación del voto particular que formuló uno de los magistrados contra la STC (Pleno) 89/1994, de 17 marzo, y que compartimos plenamente. La aplicación de la prórroga forzosa del art. 57 LAU/1964, unida a la congelación las rentas, provocaba situaciones en las que el arrendador tenía que poner dinero porque los impuestos y gastos de mantenimiento que gravan la propiedad eran muy superiores a los que percibía del arrendatario. Entendemos, que en esos casos sí que se estaba produciendo una expropiación temporal en el derecho del propietario-arrendador, con el agravante de que este no percibía la correspondiente indemnización, señalada por el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, y el propio art. 33 de la Constitución, e incluso sin que quede patente la existencia de un interés social o utilidad pública. Sin embargo, en nuestra opinión, ese tipo de argumentos no son aplicables en el caso de la limitación de rentas previstas por la LDV. Ahora ni se produce una congelación de las rentas ni una perpetuación indefinida de los contratos de arrendamiento.

tario que se encuentre en situación justificada de vulnerabilidad social y económica. El arrendatario tendrá que acreditar su situación sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico y deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando este sea un gran tenedor de vivienda. La prórroga será obligatoria para el arrendador que tenga la condición de gran propietario, salvo que entre las partes se hubiera suscrito un nuevo contrato. En consecuencia, la prórroga extraordinaria de este apartado no se puede aplicar cuando el arrendador no tiene la condición de gran tenedor.

De la segunda modalidad de prórroga extraordinaria se ocupa el nuevo art. 10.3 LAU. En este caso la aplicación de la prórroga extraordinaria exige que el inmueble esté ubicado en un ámbito territorial que tengan la condición ZMRT cuando finalice el contrato o bien la prórroga obligatoria *ex* art. 10.1 LAU o la tácita ex art. 10.2 LAU. Esta nueva prórroga también será potestativa para el arrendatario y obligatoria para el arrendador. En este caso la prórroga tiene una duración superior a cuando el inmueble no está en una ZMRT, de modo que el contrato se prorrogará por plazos anuales, por un periodo máximo de 3 años. Se excluye el caso del arrendador persona física si acredita la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o familiares en primer grado o cónyuge en caso de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. También se excepciona la aplicación de esta prórroga extraordinaria cuando «se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de esta ley». En este caso a diferencia del anterior no se exige expresamente que el arrendador sea gran tenedor. En consecuencia, ante el silencio de la ley, entendemos que esta prórroga extraordinaria será de aplicación también a los arrendadores que no tengan aquella condición.

### B) Limitaciones para el establecimiento de la renta

En principio la renta continúa siendo la que libremente estipulen las partes tal como reza el art. 17.1 LAU que no ha sufrido ninguna modificación por la LDV. No obstante, esta libertad de pacto de las partes para fijar el precio solo será aplicable a las viviendas que por primera vez accedan al mercado del alquiler. Puesto que a las que ya estuvieron alquiladas el precio estará sujeto a las limitaciones o topes que a continuación analizaremos.

La primera novedad relativa a la renta se recoge en el modificado 17.3 LAU, en adelante el pago de la misma se efectuará a través de medios electrónicos. Salvo que alguna de las partes carezca de cuenta bancaria o acceso a medios electrónico. Hasta la fecha de modificación de este precepto el pago de la renta se efectuaba en lugar y modo que acordasen las partes. En nuestra opinión, esta exigencia del pago vía electrónica obedece cuestiones de control fiscal puesto que el pago en metálico en ocasiones enmascara pagos parciales (o totales) de la renta con dinero negro. El pago por modo electrónico también permite el afloramiento de alquileres que con el pago dinero en mano podían quedar ocultos a la Administración.

La segunda novedad que afecta a la determinación de la renta consiste en establecer unos límites o topes para establecer el importe de las rentas de aquellas viviendas que ya estuvieron alquiladas anteriormente. En la Disposición Final 1.ª de la LDV se le introducen

dos nuevos apartados 6 y 7 al art. 17 LAU. Estos apartados contendrán diferentes reglas de cálculo que estarán condicionadas por el hecho de que el inmueble esté ubicado en una ZMRT y que además el arrendador sea un gran tenedor.

En el nuevo art. 17.6 LAU se contempla el caso del cálculo de la renta inicial de un nuevo contrato de una vivienda ubicada en una ZMRT. Se establece como límite o tope la última renta vigente en los 5 últimos años en la misma vivienda «una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior». Como excepción se permite un incremento que supere la cláusula de actualización anual del contrato anterior en un máximo del 10 por cientos en una serie de supuestos que se detallan en el inciso final de este apartado 6 y que se aplicarán cuando se hayan realizado actuaciones de rehabilitación, rehabilitación o mejora de la vivienda con ahorros de energía no renovable o cuando se haya realizado actuaciones de mejora de la accesibilidad.

En el nuevo apartado 7 del art. 17 LAU se contiene un segundo límite a la renta pactada al inicio de un nuevo contrato. En este caso, de modo similar al anterior se exige que el inmueble esté ubicado en una ZMRT, pero además se exige que el arrendador sea un gran tenedor. Cuando concurran estos dos requisitos la nueva renta ya no se calculará respecto de una renta anterior sino que ahora se le aplicará como tope máximo el «precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia atendiendo a las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique, pudiendo desarrollarse reglamentariamente las bases metodológicas de dicho sistema y los protocolos de colaboración e intercambio de datos con los sistemas de información estatales y autonómicos de aplicación». Este sistema de índices de precios de referencia está contemplado en la Disposición transitoria séptima de la LDV[180].

En el inciso final del art. 17.7 LAU se establece que este límite del sistema de índices de precios de referencia también se aplicará en aquellos casos en los que la vivienda esté situada en una ZMRT y sobre la que no hubiera estado vigente en los últimos 5 años contrato alguno de arrendamiento de vivienda. En este caso entendemos que solo es exigible cuando el arrendador sea un gran tenedor.

180 En el apartado 1 de la «Disposición Transitoria 7.ª. *Aplicación de las medidas en zonas tensionadas*, se establece que se aprobará el «sistema de índices de precios de referencia, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y lo establecido en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler». En la Disposición Adicional 1.ª. *Base de datos de contratos de arrendamiento de vivienda y refuerzo de la coordinación en la información sobre contratos de arrendamiento.* Se establece que: «1. Para el desarrollo de lo previsto en esta ley, se conformará una base de datos de contratos de arrendamiento de vivienda, a partir de la información contenida en los actuales registros autonómicos de fianzas de las comunidades autónomas, en el Registro de la Propiedad y otras fuentes de información de ámbito estatal, autonómico o local, con el objeto de incrementar la información disponible para el desarrollo del Sistema de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda establecido en la Disposición Adicional 2.ª del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler».

En consecuencia, la renta sólo podrá ser la que libremente estipulen las partes como se dice el art. 17.1 LAU en los contratos celebrados en ámbitos territoriales que no tengan la condición de ZMRT. No importa si se trata del primer contrato celebrado entre las partes o si se trata de otro cuando se ha extinguido el primero.

### C) Limitaciones a la actualización de la renta

La actualización de la renta también ha sido objeto de reforma por la LDV su Disposición Final 6.ª. Sin embargo, en vez de modificar el art. 18 LAU que es donde se regula esta materia se ha optado por otra vía consistente extender la limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los arrendamientos de vivienda contemplada por 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. Tras la modificación efectuada por Disposición Final sexta LDV el citado art. 46 distingue dos supuestos para la actualización anual de contratos de arrendamiento que todavía están en vigor. En primer lugar, en el apartado 1 del art. 46 se contempla el caso relativo al tramo temporal que va desde entrada en vigor de la LDV hasta el 31 de diciembre de 2023. A su vez en dos párrafos separados contempla soluciones diferentes según que el arrendador sea o no un gran tenedor. En el primer supuesto [párrafo a)], en el que el arrendador es un gran tenedor las partes pueden pactar un nuevo incremento de la renta que tendrá como límite máximo el resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de la actualización. Si no hay acuerdo se aplicará el valor que corresponda al citado índice. En el párrafo b), se refiere al supuesto en el que el arrendador no es un gran tenedor. En este caso el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto inter partes, en caso contrario se establecerá como tope máximo de la variación de la renta la resultante de aplicar el Índice de Garantía de Competitividad a fecha de la actualización.

El apartado 2, del art. 46 del RDL 6/2022, se refiere al supuesto en que la actualización del contrato de arrendamiento se tenga que efectuar en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024. En el caso de que el arrendador fuese un gran tenedor el incremento de la renta será el que libremente pacten las partes sin que la variación anual pueda ser superior al 3 %. Si el arrendador no es gran tenedor el incremento será el que pacten de nuevo las partes. Únicamente, en ausencia de pacto el incremento de la renta no podrá ser superior al citado 3 %.

Entendemos que esta forma tan minuciosa de regular todas y cada una de las posibles actualizaciones corresponde a una estrategia para que evitar que el aumento de los precios de los alquileres cuando van ligados al IPC afecte lo menos a la tasa de inflación.

## 2. Modificaciones de tipo procesal

### A) Novedades en los procedimientos de desahucio y de reclamación de rentas

La LDV a través de la Disposición Final 5ª ha introducido modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de cierto calado que afectan a los diferentes procedimientos civiles para la recuperación de la posesión que están contemplados en el art. 250 LEC y

que se resuelven a través del juicio verbal[181]. Según el Preámbulo de la LDV se trata de mejoras en la regulación del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad. Entre estas medidas son de destacar «la eliminación de la necesidad de consentimiento del interesado en el traslado a las Administraciones públicas competentes para comprobar su situación de vulnerabilidad en procedimientos de desahucio, se amplía el ámbito de protección cuando se identifiquen situaciones de vulnerabilidad [...], no se establece un sistema de suspensión automática por el Letrado de la Administración de Justicia si se acredita vulnerabilidad, sino un sistema de decisión por el tribunal previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, fijando un plazo de suspensión en dos meses para las personas físicas y cuatro meses para las personas jurídicas, incrementando los actuales plazos de uno y tres meses, respectivamente».

Estos procedimientos afectados pueden dividirse en dos grupos. En el primero, estarían todos aquellos procedimientos que son susceptibles de ser utilizados contra los ocupantes sin título, los conocidos okupas[182]: el desahucio por precario (art. 250.1.2 LEC); los antiguos interdictos de retener o recuperar la posesión ahora denominados juicios de tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4 LEC) y el procedimiento de protección de los titulares con derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad del art. 250.1.7 LEC (la acción real procedente del derecho inscrito a que se refiere el 41 LH). A estos procedimientos hay que añadir el que se ha creado con la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *en relación a la ocupación ilegal de viviendas*, que frente a los anteriores permite una más rápida recuperación de las viviendas ilegalmente ocupadas[183]. En la conocida como «ley anti-okupas» se regula un procedimiento recuperatorio de la posesión al que se le ha denominado «interdicto exprés» para diferenciarlo de los tradicionales interdictos ahora denominados juicios de tutela sumaria de la posesión[184].

181 **Busto Lago, J.M.**: «La Ley por el derecho», *cit.*, p. 8, destaca que la mayor parte de las normas que se han incorporado a la LDV para proteger a los ocupantes de vivienda, y a su pretendido derecho a la vivienda ejercitable frente al propietario han consistido en modificaciones de la LEC (art. 439, 440, 441, 549.3, 655 bis, 675, 585.2 y 704.1 y finalmente añadiendo una D.A 7ª relacionada con la medida cautelar de desalojo en los procedimientos penales seguidos por delito de usurpación del art. 245.2 CP.

182 **Arnau Moya, F.**: «Los procedimientos», *cit.*, p. 319.

183 En la STC 32/2019 (Sala pleno) 28 de febrero 2019 (RTC 2019\32) se desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2018, por estimarse que no concurre vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ni se conculcan los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), ni tampoco los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

184 Utilizan la expresión «interdicto exprés» o «desalojo exprés» para referirse al procedimiento introducido por la Ley 5/2018 **de Páramo Argüelles, M.**: «Arrendamientos urbanos de vivienda: evolución legislativa y jurisprudencial en relación a la protección del arrendador: su aplicación práctica», *Revista de Derecho vLex*. Núm. 77, Febrero 2010. Disponible en: https://app.vlex.com/#vid/arrendamientos-urbanos-vivienda-arrendador-77920178. (Consultado el 6-06-20231). **Bastante Granell, V.**: «Ocupación ilegal», *cit.* **Arnau Moya, F.**: «Los procedimientos», *cit.*, p. 340. También se ha usado la expresión de «desahucio exprés» por **Bonet Navarro, J**: *Los juicios por desahucio.* 5.ª Ed, Aranzadi, Cizur Menor, 2021. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 19-06-2023).

El segundo grupo de procedimientos afectados por las reformas de la LEC, propiciadas por la LDV, incluye los desahucios por falta de pago del art. 250.1.1 LEC que tienen su origen tanto en la reclamación por la falta de pago de las rentas en los contratos de arrendamiento como por la expiración de los plazos contractuales. Hemos separado estos últimos supuestos porque no se tratan de «okupaciones» en sentido estricto. En estos casos la posesión ha sido consentida inicialmente por el propietario de la vivienda o el titular de otros derechos legítimos de posesión de vivienda, aunque luego el título haya perdido su validez.

También se han introducido modificaciones que afectan a las ejecuciones hipotecarias o de otra índole en las que el adjudicatario o rematante solicita el lanzamiento de los ocupantes para adquirir la posesión del inmueble adjudicado[185].

Los artículos de la LEC afectados por la Disposición Final 5.ª LDV a los que se les ha añadido algún nuevo párrafo o se les ha modificado alguno de los anteriores han sido los: arts. 150, 439; 440, 441, 549, 685, 704 asimismo se han añadido los nuevos arts. 655 bis (subasta de bienes muebles) y 675 (posesión judicial y ocupantes del inmueble). También se ha añadido una nueva Disposición adicional séptima al Código Penal[186].

En el caso del art. 150 LEC se ha modificado su apartado 4, de modo que en el caso de que una notificación judicial «contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, por si procediera su actuación».

En el ámbito del juicio verbal, se modifica el art. 439 LEC (inadmisión de la demanda en casos especiales).al que se le añaden dos nuevos apartados 6 y 7. En el primero se establece que no se admitirán demandas para la recuperación de la posesión de una finca (*ex* art. 250 LEC apartados 1.º, 2.º, 4.º y 7.º) si no se especifica: a) Si el inmueble constituye vivienda habitual del ocupante. b) Si el actor es gran tenedor. Si no lo es tendrá que aportar certificado del Registro de la Propiedad con la relación de sus propiedades. c) Si el actor es gran tenedor tendrá que especificar si el demandado está en situación de vulnerabilidad económica. Para acreditar esa condición el demandante aportará certificado emitido por Administraciones autonómicas y locales con el consentimiento del demandado [...]. En

185 Couso Pascual, J.R.: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 16.

186 En la nueva «Disposición Adicional 7.ª» se establece que en los procedimientos penales que se sigan por delito de usurpación del apartado 2 del artículo 245 del Código Penal, en caso de sustanciarse con carácter cautelar la medida de desalojo y restitución del inmueble objeto del delito a su legítimo poseedor y siempre que entre quienes ocupen la vivienda se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad, se dará traslado a las Administraciones Autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, con el fin de que puedan adoptar las medidas de protección que correspondan.
Las mismas previsiones se adoptarán cuando el desalojo de la vivienda se acuerde en sentencia»

el apartado 7, contempla una situación similar a la anterior, en la que el actor es gran tenedor y del demando resulta tener la vivienda habitual en el inmueble ocupado y además está en situación de vulnerabilidad económica. En este caso el actor tendrá que demostrar que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones públicas.

Estas modificaciones han supuesto un incremento de los requisitos, y en consecuencia de un retraso, para el ejercicio de todas las acciones recuperatorias de la posesión contenidas en el art. 250 LEC. Así pues, en el nuevo párrafo 6 del art. 439 LEC nos encontramos con el primer freno a la agilidad del juicio verbal. Por otro lado, sorprende que en un juicio verbal de desahucio, especialmente cuando se refiere a un caso de okupación, en que al titular de la vivienda le es prácticamente imposible saber quién está dentro de la misma que además se le imponga la carga de la prueba de que el inmueble okupado constituye la vivienda habitual de la persona ocupante. Nos cuesta entender que se pueda okupar con la intención de que el inmueble okupado lo sea de en concepto de segunda residencia. En todo caso, esta prueba le debería corresponder a quien está ocupando el inmueble por una cuestión de facilidad probatoria[187]. De modo similar debería de ser el ocupante de la vivienda, que puede ser un ex arrendatario, quien debiera probar que se encuentra en situación de vulnerabilidad[188].

En el caso del art. 440 LEC (citación para la vista) se incorpora un nuevo apartado 5 en el que se exige que en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que señalen el lanzamiento, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo. Esta nos parece una medida adecuada a los efectos de evitar los desahucios intempestivos, si bien como contrapartida permite que se puedan organizar comités de recepción de manifestantes contra la comisión judicial.

En el caso del art. 441 LEC (Casos especiales en la tramitación inicial del juicio verbal) se modifican los apartados 1 bis y el 5 y se añaden dos nuevos apartados, el 6 y el 7. En el apartado 1 bis se mantiene prácticamente la redacción anterior. A grandes rasgos, en ella se establece que en los supuestos del art. 250.1.4.º (el conocido interdicto exprés introducido por la ley antiokupación) la notificación se hará a quien se encuentre habitando en el inmueble. Se admite la fórmula de la notificación a los ignorados ocupantes. Estos tendrán un plazo de 5 días para oponer un título que justifique su situación posesoria. Trans-

187 Malo Valenzuela, M.A.: «La "Ley"», *cit.*, p. 2 y 4., estima que la LDV obstaculiza la efectiva protección del derecho de propiedad al dificultar los procesos de desahucio, imponiendo a los propietarios cuyas viviendas han sido ocupadas la obligación de especificar si la vivienda ocupada por el ocupante ilegal va a ser la «vivienda habitual» del mismo y acreditar (en el caso de ser el propietario «gran tenedor») si el ocupante ilegal se encuentra en situación de «vulnerabilidad económica». La exigencia a los propietarios a los que les han ocupado ilegalmente su vivienda la carga de la prueba de aquellos extremos para que se admita su demanda supone trasladarles problemas cuya solución es competencia de los poderes públicos, además dificulta el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en caso de ocupación y genera una grave inseguridad jurídica. La aplicación de la LDV sitúa en una posición de ventaja a la hora del posible acceso a una vivienda y a la percepción de ayudas sociales a quienes ocupan ilegalmente una vivienda frente a las personas vulnerables que no lo hacen.

188 Couso Pascual, J.R.: «¿Cómo afecta?», *cit.*, pp. 16 y 17, se manifiesta contrario a esa inversión de la carga de la prueba.

currido el plazo sin aportar justificación el tribunal ordenará el desalojo de los ocupantes y la entrega de la posesión de la vivienda al actor si el título acompañado a la demanda fuera suficiente para acreditar su derecho a poseer.

En la redacción anterior a continuación se establecía que «en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan».

El apartado 5, ahora va ampliada su aplicación a los juicios verbales de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250. De modo similar a la anterior redacción se establece que si el inmueble constituye vivienda habitual de la parte demandada se informará a este de la posibilidad de acudir a las Administraciones Púbica competentes a los efectos de que puedan apreciar su posible situación de vulnerabilidad. La novedad consiste, no solo en que se informará de oficio a las mismas Administraciones para que verifiquen la situación de vulnerabilidad del demandado, sino que además «de existir esta, presentar al Juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada».

Si existe vulneración social se comunica al órgano judicial en un plazo máximo de 10 días. Este apartado se aplicará cuando el arrendador no tenga la condición de gran tenedor. Esta tramitación es más rápida si el demandante es gran tenedor puesto que en el escrito de demanda ya tendrá que haber acreditado la condición de persona vulnerable de quienes estén habitando en la vivienda.

Una vez que el tribunal tenga la información de las Administraciones públicas, en el apartado 6 se establece que «presentados los escritos de las partes o transcurrido el plazo concedido para ello, el tribunal resolverá por auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes, sobre si suspende el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas por las Administraciones Públicas competentes o transcurrido el plazo máximo de suspensión previsto en el párrafo anterior, se alzará ésta automáticamente y continuará el procedimiento por todos sus trámites». En la anterior redacción el plazo de suspensión, que estaba recogida en el apartado 5 del art. 441, era como máximo de un mes en el caso de que el actor fuera persona física y de tres meses si era persona jurídica.

En ocasiones la situación de vulnerabilidad también puede concurrir al mismo tiempo en la persona del actor o incluso puede ser él la única persona vulnerable. A estos efectos en el apartado 7 del art. 441 bis LEC se establece que: «El tribunal tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos.

En el segundo párrafo del apartado 7 se establecen una serie circunstancias económicas a tener en cuenta para poder apreciar la situación de vulnerabilidad económica. A estos efectos, en particular, el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance: a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM)[189].

En el inciso final de este apartado se establece que para que el tribunal aprecie la vulnerabilidad social se considerará el hecho de que entre quienes habiten la vivienda se encuentren «personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad».

Las modificaciones introducidas en el art. 441 bis nos parecen muy acertadas. Porque la reducción de la celeridad final del desalojo no ha sido muy grande. Se abandona aquella fórmula imprecisa de que los servicios públicos competentes «puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan y se precisan las medidas que pueden adoptarse. Se establecen unos plazos un poco más amplios que el anterior plazo de siete días, que ahora pasa a ser de 10 días para que se informe sobre la situación de vulnerabilidad. La anterior suspensión del lanzamiento que era de un mes para cuando el actor era persona física, se amplía a dos meses, el plazo para las personas jurídicas pasa de tres meses a cuatro meses. Entendemos que el sacrificio que se le exige en tiempo al propietario no es excesivo y que compensa el aumento de las garantías a los ocupantes.

En el caso del art. 549 LEC se modifican sus apartados 3 y 4. En el nuevo apartado 3 se establece que: «En la sentencia condenatoria de todos los tipos de desahucio, o en los decretos que pongan fin al referido desahucio si no hubiera oposición al requerimiento, la solicitud de su ejecución en la demanda de desahucio será suficiente para la ejecución directa de dichas resoluciones, sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora exacta señalados en la propia sentencia o en el día y hora exacta que se hubiera fijado al ordenar la realización del requerimiento al demandado, todo ello según el apartado 5 del artículo 440.

189 El límite contemplado en la letra a) se incrementará de acuerdo con las siguientes circunstancias: «b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.
d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo».

En el apartado 4 se dice que «El plazo de espera legal al que se refiere el artículo anterior no será de aplicación en la ejecución de resoluciones de condena de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, que se regirá por lo previsto en tales casos. No obstante, cuando se trate de vivienda habitual, con carácter previo al lanzamiento deberá haberse procedido en los términos de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 441 de esta ley.

Entendemos que con estas medidas se trata de evitar aquellas escenas que hemos visto en los últimos años en los medios de comunicación donde las familias pasan, sin solución de continuidad de tener un hogar a convertirse en personas sin techo.

La doctrina ha sido especialmente dura con este tipo de medida por estimar que se trata de un laberinto burocrático para retrasar el desalojo de los okupas[190].

### B) Novedades en materia de ejecuciones hipotecarias y en la subasta de bienes inmuebles en situaciones de vulnerabilidad

El hecho de que los inmuebles subastados sean vivienda habitual del ejecutado o incluso de terceros ha sido irrelevante en la LEC. Sin embargo, esta cuestión ha cambiado con la LDV que intenta remediar aquella situación al introducir un nuevo artículo 655 bis LEC (Subasta de bienes inmuebles). En su apartado 1 se establece que en el caso de que se subaste un bien inmueble que sea la vivienda habitual del ejecutado y el acreedor sea una empresa de vivienda o un gran tenedor de vivienda deberá acreditarse por la parte actora, antes del inicio de la vía de apremio, si el deudor se encuentra en situación de vulnerabilidad económica[191]. En el apartado 1 de este precepto se establece los requisitos que debe aportar el documento acreditativo emitido por las administraciones autonómicas para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica. El documento deber emitirse previo consentimiento de la parte ejecutada. Para evitar que ante la falta de consentimiento u oposición explícita por la demandada la vía de apremio quede suspendida *sine die* se han arbitrado dos vías alternativas para probar la existencia o no de vulnerabilidad: la primera vía consiste en la aportación de justificante acreditativo por el actor de que ha acudido a los servicios sociales antes de cinco meses de la solicitud de la vía de apremio para obtener aquella prueba o que se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. A continuación, se produce una nueva demora en el

190 Nasarre Aznar, S.: «Ley de Vivienda», *cit.*, p. 22, estima que supone una equivocación de la LDV el hecho de que el Estado ampare la okupación como una solución habitacional, cuando es una situación de sinhogarismo. Los precedentes de esta forma de actuar se encuentran en el RDL 1/2021 que «como medida tardo-COVID 19, impidió ciertos desahucios de okupas. Termina señalando que no es comprensible como se ampara la precarización en la vivienda de aquellos que menos tienen.

191 Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica deberá aportarse documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses por las Administraciones competentes en esta materia. Asimismo, se repite parecida fórmula a la ya utilizada en otros preceptos, como el 439.6. LEC para cumplir este requisito (declaración del actor de que su solicitud no ha sido atendida por los servicios sociales o documento de estos servicios que indiquen que la parte ejecutada no consiente el estudio de su situación económica).

proceso, porque el Juzgado se tiene que dirigir a las «Administraciones competentes a fin de que confirmen, en el plazo máximo de diez días, si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, así como las medidas previstas que se aplicarán de forma inmediata para que disponga de una vivienda». La segunda vía para probar la situación de vulnerabilidad consiste en un documento de los servicios competente que indiquen que la parte ejecutada no consiente en el estudio de su situación económica a los efectos previstos en la LDV. Este documento tiene una vigencia máxima de tres meses.

En el caso de que se tenga constancia de que el deudor hipotecario se encuentra en situación de vulnerabilidad económica conforme lo previsto en los apartados anteriores, no se iniciará la vía de apremio si no se acredita que la parte actora (sin distinguir entre persona física o jurídica) se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda[192].

En ocasiones el inmueble que ha sido subastado se encuentra ocupado por personas distintas a las del ejecutado tales como arrendatarios, precaristas o incluso okupas. Esta situación está regulada por el art. 675 LEC (Posesión judicial y ocupantes del inmueble) que ha quedado modificado en los siguientes términos: 1. Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado. 2. Si el inmueble embargado estuviera ocupado, por personas distintas a las del ejecutado, el Letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato el lanzamiento cuando el Tribunal haya resuelto, con fijación de día y hora exacta exigidos por el 661.2 LEC, que los ocupantes (arrendatarios y ocupantes de hecho) no tienen derecho a permanecer en él. Los ocupantes desalojados podrán ejercitar los derechos que crean asistirles en el juicio que corresponda.

El adquirente podrá pedir al Tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. La petición deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda.

El último precepto de la LEC afectado por la LDV es el 685 LEC (Demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma) que se refiere a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. El citado precepto sufre la modificación de su apartado 2. De modo a similar a como hemos visto, se exige una parecida secuencia de requisitos que hemos observado en el caso de la subasta de bienes ex art. 655 LEC: si el inmueble objeto de la ejecución constituye la vivienda habitual del deudor, si el actor es gran tenedor y si el deudor se encuentra en situación de vulnerabilidad económica. Las consecuencias previstas son las mismas a las que hemos señalado con anterioridad y que evitamos reiterar nuevamente.

192 En el párrafo final de del art. 655 *bis* se establece que: «En el caso de que la parte ejecutante sea una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los términos del apartado anterior».

### C) La supuesta protección de los okupas por la LDV

En la doctrina se ha cuestionado que la nueva ley no confiera una mayor protección al titular dominical de viviendas frente a fenómenos que inciden en la seguridad jurídica de la propiedad (supuestos de usurpación, entregas de la posesión a adjudicatarios en procedimientos judiciales, desahucios por impago de rentas, etc.). Coincidimos con esta opinión, si bien únicamente en el concreto caso los okupas. No obstante, es evidente que con una mayor protección del propietario se potenciaría la confianza de los propietarios a la hora de propiciar el arrendamiento de dichas viviendas. Por el contrario, si la nueva ley dificulta (o se ralentiza, al menos) la defensa de la efectiva protección de las facultades dominicales frente a situaciones posesorias no consentidas se merma la confianza del potencial arrendador[193].

Asimismo, se imponen nuevas obligaciones a los actores procesales tanto en materia de arrendamientos, como en ejecuciones judiciales e incluso en casos de precario y de usurpación, en aras a una mayor protección legal de los ocupantes de las viviendas, aunque éstos carezcan de legítimo título posesorio. En opinión de un sector doctrinal, esto supone que se traslada, en gran medida, a la esfera privada (los propietarios) la obligación de los poderes públicos recogida en el art. 47 de nuestra Carta Magna de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada[194]. No obstante, hay que precisar que el derecho que se recoge por el citado art. 47 CE, por su ubicación sistemática no es un derecho fundamental sino un principio rector de contenido económico y social[195]. Como es de todos conocido los derechos fundamentales se encuentran recogidos en la Sección 1.ª (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas) del Capítulo segundo del Título I (Derechos y libertades) que engloba los arts. 15 a 29 CE[196]. No obstante, cabe hablar de un verdadero derecho constitucional a la vivienda, aunque no tenga el rango de fundamental[197]. El TC en varias ocasiones ha manifestado que el derecho a una vivienda digna proclamado en el art. 47 CE por no constituye un derecho subjetivo[198].

193 **Couso Pascual, J.R.**: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 14.

194 **Couso Pascual, J.R.**: «¿Cómo afecta?», *cit.*, p. 14 y 15.

195 **Sainz-Cantero Caparrós, M.B.**: «La redefinición», *cit.*, p. 643.

196 La STC 32/2019, de 28 de febrero, al manifestarse sobre la constitucionalidad de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, estima que el Estado español tiene un deber de adoptar «políticas de promoción de la vivienda con acento social, en el marco del principio rector del art. 47 CE (STC 152/1988, de 20 de julio). Ahora bien, la protección del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) es la dispensada por el art. 53.3 CE, pues no se trata de un derecho subjetivo exigible, sino un mandato constitucional programático.

197 **Sainz-Cantero Caparrós, M.B.**: «La redefinición», *cit.*, p. 644. **López Ramón, F.**: «El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda», *Revista de administración pública*, 2020, núm. 212, pp. 297-308.

198 En la STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6 se niega que el derecho a una vivienda digna proclamado en el artículo 47 CE tenga la condición de derecho subjetivo. No obstante, en alguna ocasión, como en las SSTC 152/1988, de 20 de julio, y 7/2010, de 27 de abril) se ha afirmado el valor normativo del artículo 47 CE, pero sin ningún efecto práctico al negarse su aplicación como parámetro de constitucionalidad de un reglamento estatal o de una ley autonómica, circunscribiendo el alcance del precepto al establecimiento de *«un mandato o directriz consti-*

Por el contrario, en nuestra opinión, nos parecen correctas todas las medidas que se proponen en la LDV cuando se trata del desalojo de viviendas que constituyan el domicilio habitual de personas vulnerables. Sin embargo, nos unimos a las críticas de la doctrina cuando se trata de okupas. Estas medidas en favor de los okupas vulnerables habrían tenido sentido si en la LDV se hubiera modificado el delito de usurpación del art. 245 CP y la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los efectos de posibilitar un inmediato desalojo de los okupas como sucede en el caso del allanamiento de morada. En ese caso, todas las medidas que protegen a los okupas hubieran tenido sentido puesto que se trataría de casos en los que la dejación de aquellos propietarios que no han acudido a la vía penal para obtener el inmediato desalojo de sus viviendas habría permitido que se consolidaran situaciones de hecho. Sin embargo, la solución que se plantea por la LDV puede convertirse en un efecto llamada a la okupación. Cualquier persona que cumpla con los requisitos de vulnerabilidad de la LDV (o que se haga acompañar en su aventura de ocupación por personas vulnerables) sabe que puede ir okupando sucesivamente inmuebles puesto que transcurrirán varios meses desde la reacción del titular de la vivienda hasta que sea desalojada y vuelta a empezar. Coincido con la doctrina mayoritaria en que no se puede hacer cargar al propietario con el fracaso del Estado a la hora de proporcionar vivienda a las personas vulnerables en todos los casos.

## 3. Otras medidas

En la LDV se contemplan otras medidas que no tienen encaje en ninguno de los dos grandes grupos de supuestos que hemos analizado anteriormente a las que nos referiremos por separado.

### A) Ventajas fiscales para los propietarios

La Disposición Final segunda de la LDV recoge una serie de incentivos fiscales para determinados arrendadores de vivienda aplicables en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Para ello se modifica el art. 23.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio* (en adelante LIRPF). Estas medidas afectan solo a las personas físicas perceptoras de rendimientos de capital inmobiliario siempre que no realicen una actividad económica de arrendamiento[199].

De esta manera se pretende estimular el alquiler de vivienda habitual a precios asequibles, a través de la modulación de la reducción del 60 % en el rendimiento neto del alquiler de vivienda (vigente hasta la publicación de la LDV). En adelante, en los nuevos contratos de arrendamiento, el porcentaje de reducción general será del 50 % [art. 23.2 d) LIRPF]. En la LDV se prevén tres supuestos de reducción incrementada. La más alta de todas, puede alcanzar hasta el 90 %, en el caso de que se firmen nuevos contratos de arrendamiento de vivienda en ZMRT con una reducción de al menos un 5 % sobre el contrato anterior [nuevo

*tucional*» que habría de informar la actuación de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

199 CUATRECASAS: «Nueva Ley», *cit.*, p. 4.

art. 23.2 a) LIRPF]. Una segunda reducción incrementada del 70 % se aplica cuando se trate de la incorporación al mercado de viviendas destinadas al alquiler en zonas de mercado residencial tensionado y se alquilen a jóvenes de entre 18 y 35 años en dichas áreas, o bien, se trate de vivienda asequible incentivada o protegida, arrendada a la administración pública o entidades del tercer sector o de la economía social que tengan la condición de entidades sin fines lucrativos, o acogida a algún programa público de vivienda que limite la renta del alquiler. En este caso también se exige el requisito de que se trate de una ZMRT [nuevo art. 23.2 b) LIRPF]. Y, finalmente se podrá alcanzar una reducción incrementada del 60 % sobre el rendimiento neto cuando se hubiesen efectuado obras de rehabilitación en los dos años anteriores a la celebración del contrato de arrendamiento. En este caso es indiferente donde se encuentre ubicada la vivienda [art. 23.2 d) LIRPF].

### B) Recargos en el pago del IBI

La otra cara de la moneda de los incentivos de la LDV son los recargos que esta ley establece en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) para las viviendas desocupadas. Para lo anterior en la Disposición Final 3.ª LDV se modifica el apartado 4 del artículo 72 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL). se modula el recargo a los inmuebles de uso residencial desocupados en el IBI.

Se distinguen tres supuestos: en primer lugar, los inmuebles de uso residencial que se hallen desocupados con carácter permanente En este caso los ayuntamientos podrán aplicar un recargo de hasta el 50 % de la cuota líquida del impuesto. Se considerarán viviendas desocupadas con carácter permanente aquellas que lo estén por un plazo de más de dos años, salvo causas justificadas de desocupación temporal, tasadas por la ley. Además, se exige que el propietario cuente con un mínimo de cuatro inmuebles de uso residencial (art. 72.4 III y IV TRLRHL). El anterior recargo se puede incrementar hasta el 100 % de la cuota cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación (art. 72.4 V TRLRHL). Finalmente, los ayuntamientos a los anteriores recargos podrán aumentar otro 50 % adicional a los anteriores, en función de la duración de la desocupación y del número de viviendas también desocupadas que sean del mismo titular en el término municipal (art. 72.4 VI TRLRHL). A senso contrario cabe pensar los otros supuestos en los que se aplica un recargo del 50 % o del 100 % los inmuebles a computar no han de estar en el mismo término municipal. Esta situación de desocupación no se produce de manera automática, sino que debe declararse a través de un procedimiento administrativo con audiencia del contribuyente (art. 72.4 IX TRLRHL). Se establece un elenco de causas justificativas de desocupación en el art. 72.4 VII TRLRHL[200].

200 En todo caso se considerarán justificadas las siguientes causas: el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de cuatro años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación, u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio o causa pendiente de resolución judicial o administrativa que impida el uso y disposición de la misma o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en

Estas medidas responden al objetivo de que tenga un mayor efecto en la optimización del uso del parque edificatorio residencial y refuerce el instrumento de los Ayuntamientos para hacer frente a situaciones de vivienda desocupada a través de la fiscalidad. Esta medida nos parece plausible habida cuenta el elevado número de viviendas vacías existentes en nuestro país. No obstante, estas medidas han sido objeto de crítica por estimarse que tienen un carácter estrictamente recaudatorio y carecer de impacto alguno para mejorar el acceso a la vivienda[201].

### C) Parques públicos de vivienda

La LDV en sus arts. 27 a 29 regulados dentro del Título III de la LDV ha creado la figura de los Parques Públicos de Vivienda (en adelante PPV). Se trata de una medida inspirada en los Patrimonios Públicos de suelo regulados en los artículos 51 y 52 TRLGDCU. Sin embargo, aunque el epígrafe del art. 27 LDV se refiere al «concepto, finalidad y financiación» de los parques públicos de vivienda en el mismo no se proporciona una definición de esta figura a diferencia de lo que sucede con el art. 51 (noción y finalidad) TRLSRU para el caso de los patrimonios públicos de suelo[202].

En el art. 27.1 se establece como finalidad de los parques de vivienda la de «contribuir al buen funcionamiento del mercado de la vivienda y servir de instrumento a las distintas Administraciones públicas competentes en materia de vivienda para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada de los sectores de la población que tienen más dificultades de acceso en el mercado, con especial atención a personas jóvenes y colectivos sujetos a mayor vulnerabilidad». A través de los planes estatales de vivienda y otras medidas complementarias «se incentivará la conservación, mejora y ampliación de los PPV. El contenido mínimo de estos parques podrá estar integrado por todas aquellas viviendas propiedad de la Administración, dotacionales públicas y viviendas sociales pertenecientes a cualesquiera de las categorías descritas en las letras a) a e) del inciso final del art. 27.1 LDV[203].

---

alquiler, con un máximo de seis meses en esta situación. En el caso de inmuebles de titularidad de alguna Administración Pública, se considerará también como causa justificada ser objeto el inmueble de un procedimiento de venta o de puesta en explotación mediante arrendamiento.

201 **Nasarre Aznar, S.**: «Ley de Vivienda», *cit.*, p. 21, advierte que la experiencia francesa al respecto fue contraproducente. Asimismo, se refiere al recargo tributario a las viviendas vacías que en Cataluña con la Ley 14/2015, si bien admite desconocer el impacto de esta última medida con relación a la mayor accesibilidad a la vivienda.

202 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 8.

203 Según el Art. 21.1 III los parques públicos de vivienda estarán integrados por: «b) Las viviendas sociales y protegidas construidas sobre suelo de titularidad pública, así como las que lo hayan sido en ejercicio del derecho de superficie, usufructo o cesión de uso y para alquiler con opción a compra, durante el tiempo en el que no se active la correspondiente opción.
c) Las viviendas sociales adquiridas por las Administraciones Públicas en ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, de conformidad con lo que disponga la legislación aplicable y las adquiridas a través de esos mismos derechos, en casos de ejecución hipotecaria o dación en pago de vivienda habitual de colectivos en situación de vulnerabilidad o en exclusión social, tal y como prevé la legislación autonómica.
d) Las viviendas sociales adquiridas por las Administraciones Públicas en actuaciones de regeneración o de renovación urbanas, incluyendo las integradas en complejos inmobiliarios, tanto

En el art. 27.1 III LDV se establece que los parques públicos de vivienda, están regulados específicamente por la legislación autonómica en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio. Con esta indicación nuevamente, se pone de manifiesto una de las debilidades de la LDV al interferir con las competencias de las Comunidades Autónomas[204]. Este precepto también ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por invadir competencias autonómicas[205]. Con independencia del resultado del recurso de inconstitucionalidad, tal como hemos mencionado en todos aquellos supuestos en los que se hace necesaria la cooperación entre comunidades autónomas y Estado todas las medidas relativas a los parques de medidas pueden quedar en papel mojado en aquellas autonomías que ya han manifestado su oposición a la LDV.

En el art. 27.2 LDV se establece la posibilidad de que los PPV puedan financiarse con las cantidades económicas correspondientes a las fianzas de los contratos de arrendamiento depositadas en los registros autonómicos. En el art. 27. 3 LDV se establece, ahora como obligación, que se destine a la financiación de los PPV «los ingresos procedentes de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda, así como los ingresos procedentes de la gestión y, en su caso, enajenación de bienes patrimoniales que formen parte del parque público de vivienda».

En el art. 28.1 LDV (Criterios orientadores en la gestión de los parques públicos de vivienda) se establecen las acciones que pueden realizar las administraciones Públicas competentes en materia de vivienda para la gestión de los PPV. De manera somera consisten en: 1.º) Crear, ampliar y gestionar, directa o indirectamente y sobre los suelos de su titularidad parques públicos de vivienda. Urbanizando cuando proceda la urbanización de los terrenos. 2.º) Otorgar derechos de superficie o concesiones administrativas a terceros para que edifiquen, rehabiliten y/o gestionen viviendas del parque público. 3.º) Asignar recursos públicos a entidades sin ánimo de lucro con la finalidad de hacer más eficiente y próxima la gestión de las viviendas de los parques públicos. 4.º) Enajenar los bienes patrimoniales integrantes de los parques públicos de vivienda a otras Administraciones Públicas, sus entes instrumentales o a personas jurídicas sin ánimo de lucro, dedicadas a la gestión de vivienda con fines sociales, y mediante la obligación por parte del nuevo o nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones.

Las viviendas integrantes de los PPV tienen como destino la garantía del derecho de acceso a la vivienda de las personas y hogares con mayores dificultades para acceder a una

---

de forma gratuita en virtud del cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticos correspondientes, como onerosa.

e) Cualquier otra vivienda social adquirida por las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda, o cedida a las mismas».

204 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», cit., p. 9, pone en evidencia que los parques públicos de viviendas se regulan por una Administración sin competencias en materia de vivienda. Asimismo, señala que este dato es reconocido por el propio legislador estatal cuando en el art. 28 LDV (criterios orientadores en la gestión de los parques públicos de vivienda) se refiere a «las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda […] de conformidad a «lo dispuesto en su legislación y normativa de aplicación».

205 Así consta en la nota informativa n.º 74/2023 de la Oficina de Prensa del TC ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

vivienda en el mercado, en razón de sus circunstancias sociales y económicas atendiendo a factores específicos de vulnerabilidad como la presencia de menores de edad en el hogar o unidad de convivencia, así como a las características y particularidades del ámbito territorial (art. 29.1 LDV). Estas viviendas podrán ocuparse y disfrutarse, en régimen de alquiler, cesión de uso, o cualesquiera otras formas legales de tenencia temporal en las condiciones de renta y con los requisitos que establezcan las respectivas Administraciones Públicas (art. 29.1 LDV). Relacionado con esta medida es la que se contempla en el art. 32.1 en cuya virtud el Estado deberá elaborar y mantener actualizado «un inventario del parque público de vivienda de su titularidad y de sus entes adscritos o dependientes»[206], así como la publicación en la sede electrónica «el artículo 38 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, una memoria sobre las características del parque público de vivienda y su utilización, debidamente actualizada, que permita la conformación de un mapa de la vivienda social para facilitar su acceso por parte de la ciudadanía» (art. 32.2 LDV).

En el art. 33 LDV se establece la obligación del Estado de informar sobre el presupuesto anual invertido en los diferentes programas de política de vivienda[207]. así como la publicación en la sede electrónica del art. 38 Ley 40/2015. De acuerdo con el art. 34 LDV el Estado ofrecerá información sobre «el uso y destino del parque de viviendas de su ámbito territorial, con indicación, en términos agregados, del número de viviendas o de inmuebles de uso residencial que estén habitados por hogares y constituyan su residencia principal, así como aquellos que se hayan identificado como deshabitados o vacíos dentro de su ámbito territorial». Anualmente se publicarán estos datos en la sede electrónica ex art. 38 Ley 40/2015. Finalmente, según el art. 35. 1 LDV, el Estado «deberá detallar el número de personas y hogares inscritos en los registros de demandantes de vivienda habilitados para el acceso a los diferentes programas de acceso a la vivienda, diferenciando aquellas personas u hogares que actualmente residen en su ámbito territorial, de aquellos solicitantes que residen en otros ámbitos territoriales. Asimismo, se establecerán las principales características socioeconómicas de las personas y hogares demandantes de vivienda a partir de la información obrante en los referidos registros». Estos datos también se publicarán en la sede electrónica a la que ya hemos hecho referencia.

### D) Incremento del suelo calificado de reserva para vivienda protegida

Una medida relacionada con los parques de vivienda es la de aumentar la reserva de suelo destinado a vivienda sujeta a un régimen de protección pública. A estos efectos la

206 En el citado inventario, de acuerdo con el inciso final del apartado 1 del art. 32 LDV se incluirá al menos la siguiente información: «a) Identificación de las viviendas que lo componen. b) Características fundamentales de las viviendas. c) Situación de uso de las mismas. d) Características de las personas u hogares usuarios».

207 Estos programas a los que se refiere el art. 33.1 LDV son los relativos a: a) Ayudas al alquiler de vivienda dirigidas a las personas arrendatarias. b) Promoción de vivienda en alquiler social o asequible. c) Promoción de vivienda sujeta a algún tipo de protección pública. d) Programas de intermediación en el alquiler. e) Ayudas a la rehabilitación edificatoria, diferenciando específicamente las que mejoren la eficiencia energética y promuevan la utilización de las energías renovables y la accesibilidad. f) Programas de regeneración o renovación urbana, especificando la inversión en actuaciones en asentamientos y barrios de alta vulnerabilidad incluyendo programas de realojo.

Disposición Final 4.ª LDV modifica la letra b) del apartado 1 del artículo 20 TRLSRU incrementando el porcentaje de reserva de suelo destinado a vivienda protegida del 30 % al 40 % de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización. Asimismo, se pasa del 10 % al 20 % en el caso de suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización.

Una de las medidas más importantes de la LDV es la que se contempla en el art. 15.1 c) que garantiza que la calificación de un suelo como de reserva para vivienda sujeta a un régimen de protección pública no pueda modificarse[208]. No obstante, se establecen excepciones en los casos en los que «el instrumento de ordenación urbanística justifique la innecesariedad de este tipo de viviendas o la imposibilidad sobrevenida de dicho destino […]». De modo similar en el art. 16.1 d) LDV se garantiza que la vivienda protegida, ya sea social o de precio limitado, no pueda descalificarse, salvo en el supuesto de viviendas promovidas sobre suelos cuya calificación urbanística no imponga dicho destino y que no cuenten con ayudas públicas para su promoción, o en aquellos casos que excepcionalmente se justifique de acuerdo con la normativa autonómica, no pudiendo ser en tales supuestos excepcionales, el periodo de calificación inferior a treinta años. En el resto de los supuestos en los que la calificación urbanística del suelo imponga dicho destino, ésta no podrá modificarse como tampoco podrán descalificarse las viviendas sobre dichos suelos. Así, este tipo de vivienda estará sometida a un régimen de protección pública de forma permanente y no podrá descalificarse mientras se mantenga la calificación de suelo protegido.

Con ambas medias se trata de evitar que en el futuro pueda volverse a repetir el hecho de que un ayuntamiento o comunidad autónoma pueda descalificar viviendas protegidas y venderlas a fondos de inversión (los conocidos «fondos buitre)[209]. Sorprendentemente este precepto es de los que han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad[210].

## E) Bases de datos de contratos de artos

Otra interesante medida que introduce la LDV es la creación de una base de datos de contratos de arrendamientos de vivienda en la Disposición adicional primera. Esta base de datos estará vinculada con los actuales registros autonómicos de fianzas de las comunidades autónomas, con el Registro de la Propiedad y otras fuentes de información de ámbito estatal, autonómico o local. El objetivo de esta base de datos será la de incrementar la información disponible para el desarrollo del Sistema de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda establecido en la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. En

208 El apartado 1 del art. 15 LDV es uno de los que según la nota informativa n.º 74/2023 de la Oficina de Prensa del TC ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

209 **Peiró P.**: «La Audiencia Provincial falla que la venta del Gobierno de Ana Botella de 1,860 pisos públicos a un fondo buitre fue legal», El País, 8-febrero-2023, Disponible en: https://elpais.com/espana/madrid/2022-02-08/la-audiencia-provincial-falla-que-la-venta-del-gobierno-de-ana-botella-de-1860-pisos-publicos-a-un-fondo-buitre-fue-legal.html. Consultado: 01-05-2023.

210 El art. 16 LDV es uno de los que según la nota informativa n.º 74/2023 de la Oficina de Prensa del TC ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

el Preámbulo también se señalan otros objetivos como la de «incrementar la información disponible para el seguimiento de las medidas, reforzando la coordinación con las comunidades autónomas en materia de intercambio de información sobre la vivienda en alquiler, y estableciendo un proceso específico de colaboración con las comunidades autónomas que hayan avanzado en la conformación de sistemas de referencia de precios del alquiler en sus respectivos ámbitos territoriales». En nuestra opinión hubiera sido más interesante que en vez de una base de datos el legislador hubiera creado un Registro de contratos de arrendamientos urbanos de modo similar a como el legislador valenciano ha hecho con el Registro de Operadores, Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias (arts. 56 a 58 de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias).

## F) Acción pública

El título preliminar de la LDV regula también, de modo similar a como se hace ya en el ámbito del urbanismo, o el medioambiental, la acción pública para exigir el cumplimiento de la normativa aplicable en esta materia y define el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la vivienda.

La acción pública está regulada en el art. 5 LDV. En el apartado primero se establece el ámbito objeto de aplicación de esta acción pública: podrán impugnarse «los actos y disposiciones dictados en aplicación del título II, del título III y del capítulo II del título IV de esta ley». En consecuencia, pueden ser objeto de la acción pública los «actos y disposiciones referentes a la acción de los poderes públicos en materia de vivienda (artículos 12 a 26), parques públicos de vivienda (artículos 27 a 29) e información y transparencia en materia de vivienda y suelo (artículos 32 a 36), con exclusión, por tanto, de las cuestiones relativas al régimen general de derechos e información básica (artículos 30 y 31)[211]».En el inciso final del apartado primero se establecen los legitimados activamente para ejercitar esta acción: en primer lugar, se encuentran «quienes estén legitimados para ello, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En segundo lugar, están «las personas jurídicas sin ánimo de lucro que, mediante el ejercicio de esta acción, defiendan intereses generales vinculados con la protección de la vivienda». A lo anterior se añade que ese ejercicio no podrá ser contrario a la buena fe, ni constituir un abuso de derecho.

En el apartado 2 se establece que «A efectos de lo establecido en el artículo 31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el ejercicio de esta acción no podrá en ningún caso comprender una pretensión de reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, salvo que quien ejercite la acción sea quien esté legitimado por ostentar un derecho o interés legítimo afectado. La renuncia o el desistimiento de la misma, ya sea en vía administrativa, ya en vía contencioso-administrativa, no podrá implicar contrapartidas económicas». Entendemos que el legislador ha querido evitar que en el ámbito de la LDV se sucedan situaciones similares a aquellas donde asociaciones de defensa de clientes de bancos han terminado haciendo chantaje a las entidades bancarias.

211 **Fuertes López., F.J.**: «Diez cuestiones», *cit.*, p. 6.

## G) Los administradores de fincas

En la Disposición Adicional 6.ª se define y regula la figura de los administradores de fincas, precisando que la definición lo es a los efectos de la LDV. Se establece en el apartado 1 que: «son administradores de fincas las personas físicas que se dedican de forma habitual y retribuida a prestar servicios de administración y asesoramiento a los titulares de bienes inmuebles y a las comunidades de propietarios de viviendas»[212]. En el apartado 2 se requiere que los administradores de fincas, para ejercer su actividad, deben tener la capacitación profesional requerida y deben cumplir las condiciones legales y reglamentarias que les sean exigibles. No obstante, no se indica cual es esta capacitación y cabe deducir que será objeto de una futura regulación legal y desarrollo reglamentario.

## H) Igualdad y no discriminación

En el art. 6.1 LDV se establece el principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio del derecho al uso y disfrute de una vivienda digna al decir que «en virtud del principio de igualdad y no discriminación en la vivienda todas las personas tienen derecho al uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada cumpliendo con los requerimientos legales y contractuales establecidos en la legislación y normativa vigente, sin sufrir discriminación, exclusión, acoso o violencia de ningún tipo».

En el art. 6.2 LDV se establecen cuatro supuestos que conculcan aquel principio de igualdad y no discriminación. Se indica que corresponde a las Administraciones competentes adoptar las medidas para evitarlas.

En primer lugar, está la discriminación directa. Según el párrafo a) del apartado 2 del art. 6 LDV se produce cuando una persona o grupo de personas recibe, en algún aspecto relacionado con la vivienda, un trato diferente del recibido por otra persona en una situación análoga. Se exceptúa el caso en que la diferencia de trato tenga una causa legítima que la justifique de manera objetiva y razonablemente, y los medios utilizados sean proporcionados, adecuados y necesarios. Este sería el caso en el que se rechazara alquilar una vivienda por la pertenencia a una determinada etnia o religión. Entendemos que la prueba de este tipo de discriminación será harto difícil puesto que en ninguna inmobiliaria suelen colocarse carteles anunciando este tipo de restricciones[213].

La discriminación indirecta se produce cuando una disposición normativa, un plan, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o una práctica, aparentemente neutros, producen una desventaja particular para una persona o grupo de personas respecto de otras en el ejercicio del derecho a la vivienda

212 **Nasarre Aznar, S.**: «Ley de Vivienda», *cit.*, p. 21, de manera implícita alaba esta medida al manifestar que la liberalización de los agentes inmobiliarios que tuvo lugar en el año 2000 fue un grave error. Estima que aquella liberalización no garantiza ni su supervisión, ni suficiente formación ni colegiación obligatoria.

213 Al respecto, tenemos un ilustrativo artículo de **Palomino, L.F.**: «Las inmobiliarias rechazan a las personas migrantes, pero a los franceses o a los americanos sí les alquilan», CTXT, 19-07-2023. Disponible en: https://ctxt.es/es/20230701/Politica/43561/alquler-madrid-migrantes-vivienda-racismo.htm

[art. 6.2 b) LDV]. También se exceptúa este tipo de discriminación cuando concurra causa legítima en los mismos términos que en la discriminación directa. Este sería el caso en que en los estatutos de una comunidad se insertara una cláusula prohibiendo tenencia de animales puesto que indirectamente estaría impidiendo que en esa comunidad pudieran residir personas invidentes que necesitan de la ayuda de un perro guía.

El acoso inmobiliario incluye cualquier tipo de acción u omisión con abuso de derecho con el objetivo de perturbar a cualquier persona en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que le ampara de uso y disfrute de la vivienda [art. 6.2 c) LDV]. En este supuesto podrían tener encaje las técnicas utilizadas por algunas empresas antiokupación para forzar a los okupas a que abandonen las viviendas que ya se han convertido en sus domicilios. También las que en algunos casos se han utilizado para que los inquilinos de renta antigua abandonaran pisos que se querían vender por sus dueños o quienes simplemente les cambian las cerraduras de los pisos alquilados a los inquilinos para impedirles la entrada en los mismos. El acoso inmobiliario está contemplado en el Código Penal como una modalidad del delito leve de coacciones del art. 172.1.3[214].

El último caso de discriminación lo constituyen aquellos supuestos de operaciones de venta, arrendamiento o cesión por cualquier título, completa o parcial, para residencia de una infravivienda, una vivienda sobreocupada y cualquier forma de alojamiento ilegal, o respecto a bienes sobre los que no se ostente un derecho legítimo que faculte al efecto o la representación del mismo [art. 6.2 d) LDV]. En este supuesto encajarían las denominadas inmobiliarias okupas. Este fenómeno sucede cuando un edificio que ha sido okupado en su totalidad empieza a ser alquilado por pisos a personas que creen que el okupa es el verdadero propietario.

214 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal para garantizar y reforzar la protección del legítimo derecho al disfrute de la vivienda la en su apartado trigésimo séptimo añade un tercer párrafo al apartado 1 del artículo 172, con la siguiente redacción: «También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda». En el Preámbulo de la citada Ley se justifica esta reforma «al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, con la finalidad de sancionar con ella el acoso inmobiliario. Con ello, se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno». En la SAP Cáceres (S. 2ª) 20 enero 2020 (JUR 2020, 47892) se condena al propietario de un piso alquilado por el cambio de cerraduras para impedir la entrada del inquilino con el que existen desavenencias. Se ha considerado esta conducta como constitutiva de un delito de acoso inmobiliario y se condena a la propietaria como autora de un delito leve de coacciones en el ámbito inmobiliario del art. 172.3 del CP, a la pena la pena de 2 meses de multa con cuota diaria de 6 euros y a que se le entreguen al arrendatario en un plazo máximo de tres días las llaves de la nueva cerradura. En parecidos términos se pronuncia la SAP Almería (S.3.ª) 17 febrero 2023 (JUR 2023, 256497) ante el cambio de cerradura por el propietario de un piso para impedir el acceso a su arrendatario.

La LDV se limita a definir cada uno de estos supuestos de discriminación, pero no aporta ningún tipo de medida para cuando estas concurran. ley define lo que ha de entenderse por cada uno de estos tipos de discriminación. Con carácter general entendemos que se tendría que producir como efecto la nulidad del acto discriminatorio. En otros supuestos podría concurrir una conducta tipificada penalmente como sucede con el delito de acoso tipificado en el art. 172 ter CP.

# IV. CONCLUSIONES

Primera. La LDV ha sido configurada como legislación básica del Estado, sin perjuicio de las competencias autonómicas en esta materia. Aun a pesar de que en reiterados preceptos se intenta salvar esta falta de competencia haciendo continuas remisiones a la legislación autonómica cabe la posibilidad de que el Estado en varios de los preceptos de la LDV estuviera invadiendo alguna de las competencias transferidas. No obstante, tendrá que ser el Tribunal Constitucional el que establezca que concretos artículos de la ley han invadido competencias autonómicas y cuáles no. Habida cuenta que en varias sentencias admite la competencia estatal en algunos aspectos de la regulación de la vivienda.

Segunda. La LDV se trata de una norma con un gran trasfondo político, como ya ha sucedido en otras ocasiones con las leyes que han regulado el aborto o la eutanasia. Algunos de los grupos parlamentarios que votaron en contra de esta norma ya han presentado el correspondiente recurso de inconstitucionalidad y además han manifestado rechazo a cualquier tipo de colaboración en su puesta en marcha. Por otro lado, algunos de los aspectos más relevantes de la LDV como sucede con la declaración de las ZMRT necesitan de la colaboración de todas las Administraciones competentes en materia de vivienda, como lo son —entre otras— las comunidades autónomas o los ayuntamientos. Esta necesidad de colaboración entre administraciones constituye el talón de Aquiles de la LDV puesto que difícilmente podrá aplicarse en aquellas comunidades o ayuntamientos gobernadas por partidos que ya han recurrido la ley y que en una suerte de desobediencia civil han manifestado su nuda voluntad a aplicarla. Esta cuestión ya era previsible durante la tramitación de la norma, de modo que tal vez hubiera sido más práctico elaborar una ley no tan amplia, pero restringida a aquellas medidas que pudieran imponerse sin necesidad de contar con la colaboración de Comunidades Autónomas ni Ayuntamientos.

Tercera. El tratamiento favorable del fenómeno de la okupación por la LDV ha sido una de las cuestiones que más rechazo ha generado. En nuestra opinión la LDV hubiera tenido que incorporar una Disposición Final efectuado una nueva regulación del delito de usurpación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para permitir un rápido de desalojo de los okupas. En este caso hubiera sido totalmente comprensible para la opinión pública la existencia de toda una serie de medidas que protegieran a los okupas vulnerables, pero sólo en aquellos casos en los que estas personas hubieran consolidado su situación fáctica por la pasividad de los propietarios. Estimamos que al no haberse producido la reforma en el ámbito penal puede generará una incentivación a la okupación y un rechazo de gran parte de la población a la LDV[215].

215 No obstante, somos conscientes que en ese caso la LDV tendría que haberse tramitado como Ley Orgánica.

Cuarta. Nos parecen loables todas las medidas en favor de las personas en situación de vulnerabilidad en los procedimientos de desahucio, ejecuciones hipotecarias y subasta de bienes. Siempre que aquellas estén ocupando viviendas en las que su acceso a la misma fue contando con un legítimo título aun a pesar de que este luego haya perdido su validez. Por otro lado, entendemos que la ley está cargando en parte sobre las espaldas de los propietarios soluciones habitacionales que también deberían de resolverse en el ámbito de lo público.

Quinta. Nos parecen acertadas todas aquellas medidas de la LDV para contener los precios en los arrendamientos: eliminación del IPC como índice de referencia para la actualización anual de la renta y su sustitución por el nuevo índice de precios de referencia. La nueva prórroga extraordinaria. Así como los topes al precio de los arrendamientos en las ZMRT y de las sucesivas actualizaciones de las rentas. Ninguna de estas medidas, al haber sido dictadas en aras de la función social de la propiedad supone un vaciamiento del l contenido esencial del derecho de propiedad.

Sexta. Las medidas para evitar la existencia de viviendas vacías como son los recargos en el IBI también son bienvenidas, así como las compensaciones en forma de reducciones en el pago del IRPF para aquellos arrendadores que colaboren en la forma prevista en la LDV.

Séptima. Las medidas que impiden la descalificación del suelo reservado para vivienda protegida, así como la descalificación de la condición de vivienda protegida han sido una gran medida para prevenir que vuelva a repetirse las inmorales ventas de vivienda protegida (ya que no han podido ser calificadas como delictivas en sede judicial) que han llevado a cabo algunas administraciones públicas en favor de fondos de inversión, los conocidos «fondos buitre».

Octava. La LDV, a pesar de contar con algunas sombras que hemos señalado se trata de una norma necesaria para intentar evitar el aumento de la precarización de la vivienda en España. De modo que en nuestra opinión las luces de la LDV son superiores a sus sombras. Si bien, ello no excusa a los diferentes legislativos estatales de los últimos años de no haber aplicado medidas para que España se ponga a nivel europeo con el número de vivienda protegida. Asimismo, en la LDV podrían haberse implementado otras medidas para evitar el crecimiento exponencial de las viviendas en régimen de arrendamiento turístico que están dejando los centros de las grandes ciudades sin ofertas de vivienda en alquiler para los residentes.

# CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL E INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA[216]

## THE GENERAL COUNCIL OF THE JUDICIARY AND THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY IN THE LIGHT OF EUROPEAN CASE LAW

**Jesús Manuel Villegas Fernández**
**Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 7 de Madrid**

**SUMARIO**

I. LOS VICIOS ORIGINARIOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. II. EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU EXTENSIÓN A LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA MAGISTRATURA. III. EL TEST DE LAS APARIENCIAS. IV. LOS RIESGOS DE UN CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEPENDIENTE. V. SOLUCIONES: REFORMAS LEGALES Y AUTOLIMITACIÓN DEL PODER. VI. ADDENDA: CONSEJOS AUTONÓMICOS DE JUSTICIA. EL CASO VALENCIANO. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

**Palabras Clave**: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Independencia judicial, Consejos Autonómicos de Justicia, Consejo General del Poder Judicial
**Keywords**: European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, Judicial Independence, Autonomous Councils of Justice, General Council of the Judiciary, Judicial Branch General Council

216 Este artículo está basado en la ponencia presentada por el autor en los cursos de formación para magistrados del Consejo General del Poder Judicial, por lo que, en tal concepto, ha sido incluida en su redacción original dentro de la colección «Cuadernos Digitales de Formación, en el monográfico "El poder judicial, garantía del estado de derecho I"». Ponencia objeto de publicación por parte del Consejo General del Poder Judicial, dentro de la colección *Cuadernos Digitales de Formación*, en el monográfico «El poder judicial, garantía del estado de derecho I».

**Resumen:** La imparable recepción de la jurisprudencia europea, ora del ámbito de la Unión Europea ora del Consejo de Europa, sitúa al Consejo General del Poder Judicial en una posición cada vez más inestable, pues es dudoso que reúna los mínimos requisitos de independencia que exige el desempeño de sus funciones constitucionales. Frente a la incapacidad de las formaciones políticas para asumir las necesarias reformas estructurales, es el propio Consejo el que goza de atribuciones suficientes para autodisciplinar el ejercicio de sus facultades y, de este modo, contribuir a una mayor adecuación a las exigencias supranacionales de independencia judicial.

**Abstract:** The unstoppable reception of European jurisprudence, whether from the European Union or from the Council of Europe, places the General Council of the Judiciary in an increasingly unstable position, as it is doubtful that it meets the minimum requirements of independence demanded by the performance of its constitutional functions. Faced with the inability of the political formations to assume the necessary structural reforms, it is the Council itself that enjoys sufficient powers to self-discipline the exercise of its powers and, in this way, contribute to a greater adaptation to the supranational requirements of judicial independence.

# I. LOS VICIOS ORIGINARIOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

«Para garantizar la independencia del Poder Judicial, la Constitución crea el Consejo General del Poder Judicial». En estos literales términos define el preámbulo de la Ley Orgánica del Poder Judicial la misión del máximo órgano de gobierno de la magistratura española. No obstante, cabe preguntarse, si tras más de tres decenios de vigencia de dicha norma, semejante afirmación sigue siendo válida o se ha degradado a una mera fórmula retórica.

De todos es conocido que la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, estipulaba una composición mixta del Consejo, de tal suerte que doce de sus veinte miembros, los llamados «vocales judiciales», eran elegidos democráticamente por los propios jueces, mientras que la designación de los ocho restantes se reservaba a las cámaras parlamentarias. Sin embargo, al aprobarse la celebérrima «enmienda Bandrés», todos sus integrantes pasaron a ser designados por el Congreso de los Diputados y el Senado. Así lo preveía la LO 6/1985, de 1 de julio, actualmente en vigor. Desde entonces se han sucedido reformas que, tal como resume David Ortega Gutiérrez, han llegado a configurar hasta «cuatro modelos legales» (2022:36) hilvanados a través de varias leyes orgánicas: la 16/1994, de 8 de noviembre, 9/2000, la de 22 de diciembre, la 2/2001 de 28 de junio, la 19/2003, de 23 de diciembre, la 2/2004, de 28 de diciembre, la 3/2007, de 22 de marzo y la 4/2013, de 28 de junio. Ahora bien, todas ellas comparten el común denominador de dejar en manos del Poder Legislativo la determinación final de los candidatos que terminarán accediendo a las vocalías.

Este sistema está en crisis. Y es que desde hace años diversas instancias europeas vienen reclamando que los «Consejos de la Magistratura», eso es, los órganos del gobierno del Poder Judicial, tengan una composición mixta, de modo que una porción

significativa de sus integrantes sea escogida por los jueces, o bien que se minimice en su génesis la influencia del poder político. Continuando con David Ortega (2022:43-44) enumeramos algunos de tales pronunciamientos: Recomendación CM/Rec (2010) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Recomendación V de los informes del GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción) para la despolitización del Consejo General del Poder Judicial española entre 2013 y 2021; la Carta Magna del Consejo Consultivo de Jueces Europeos de 2010; la resolución de Budapest de mayo de 2008 de la Red Europea de Consejos del Poder Judicial; y el informe sobre la independencia judicial de la Comisión de Venecia de 12/13 de marzo de 2010.

Dichos textos, en principio, carecen de fuerza vinculante, dado que no son sino meras admoniciones, «Derecho blando» *(soft law)*. Preguntémonos si dicho material ha ido cobrando consistencia normativa merced a la jurisprudencia supranacional, tanto de Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del de Justicia de la Unión Europea.

# II. EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU EXTENSIÓN A LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA MAGISTRATURA

¿Qué es la independencia judicial? Sabemos que el Consejo es el garante de la «independencia judicial», pero para averiguar si está en condiciones de cumplir su misión es necesario saber previamente qué es lo que garantiza. Empero, no es fácil armar el concepto, puesto que nos enfrentamos a dificultades teóricas y prácticas. Las unas, por la diversidad de concepciones ideológicas que compiten en su caracterización; las otras, por la heterogeneidad de los ordenamientos positivos que lo regulan. No perdamos la perspectiva, si estamos enfocando el problema desde un ángulo supranacional, no habremos de contentarnos con el manojo de nociones a las que nos ha acostumbrado la doctrina y jurisprudencia patrias, sino que hemos de mirar más allá de nuestras fronteras. Descubriremos, entonces, una insospechada riqueza conceptual articulada en capas semánticas que obligan a afinar los instrumentos de análisis (Villegas y Rodríguez, 2022:90-91).

En cualquier caso, un buen punto de partida es la definición contenida en los «Principios Básicos de Independencia Judicial» de Naciones Unidas, de 1985, que reza:

> «The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason».

Si la contrastamos con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea empiezan a delimitarse unos perfiles conceptuales que, al menos a un nivel operativo, resultan útiles para nuestro estudio:

«La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros, y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones». (STJUE, de 27 de febrero de 2018, caso Asociación Judicial de Jueces Portugueses contra el Tribunal de Cuentas, asunto C-64/16. § 44, citada por Ulloa, 2022:4).

Añadamos, según recuerda el mismo autor, que las amenazas contra la independencia proceden de cualquier clase de influencias, ya sean internas o externas, directas o indirectas (STJUE, de 5 de noviembre de 2019, caso Comisión contra Polonia, asunto C-192/18, citada por Ulloa 2022:8).

Llegamos ahora a un punto importantísimo, acaso la piedra angular de la argumentación que nos ocupa, a saber: estos principios se aplican, no solamente a los tribunales, sino también, resaltémoslo, a los órganos de gobierno del Poder Judicial. Son abundantes los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto: STJUE C-585/18 AK c Consejo General del Poder Judicial y C-624/18 y 625/18 CP y DO c Tribunal Supremo de Polonia, pp. 138 y ss; STJUE C-824/18, AB e. a c CNPJ, pp 81, 125-132; y STJUE C-896/19 *Reppubblika c Il-Prim Ministru*, pp. 63 a 66, citados por Ulloa, 2022: 23.

Recordemos que los miembros del Consejo General del Poder Judicial español son elegidos en su totalidad por el Parlamento, ¿merecen, entonces, el calificativo de independientes? *Prima facie* estamos tentados de responder con una rotunda negativa, ya que, como se acaba de exponer, la jurisprudencia europea proscribe, no sólo la dependencia inmediata, sino la mediata, por lo que su génesis política aparece ante un observador neutral como un vicio originario difícilmente compatible con la misión que les han sido constitucionalmente encomendada.

No son las cosas tan sencillas, con todo. Como observan Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero y Enrique Arnaldos Orts, son muy variados los «estándares regionales» (2022: 126) que coexisten en la Unión Europea, sin que el listón de las garantías se sitúe en modo alguno al mismo nivel. Tengamos presente la advertencia inicial sobre la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos positivos. Tanto es así, por ejemplo, que «el mero hecho de que [los jueces] sean nombrados por el Presidente de la República no es susceptible de crear una situación de dependencia entre aquellos y éste, ni de suscitar dudas en cuanto a su imparcialidad si, una vez nombrados, no están sometidos a presión alguna y no reciben instrucciones en el ejercicio de sus funciones» (STJUE, de 19 de noviembre de 2019 caso A-K. y otros —Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo—, asuntos acumulados C585/18, C624/18 y C625/18, § 117, citada por Lenaerts, 2022: 365). Añadamos, también, la STJUE, de 20 de abril de 2021, caso República contra el Primer Ministro, asunto C-896/19, donde se repite una doctrina parecida para el supuesto de la isla de Malta.

Los mencionados autores insisten (Sarmiento y Arnaldos, 2022: 132) en que «puede afirmarse que el Tribunal de Justicia no otorga excesiva importancia al hecho de que los miembros de un determinado cuerpo sean designados por el Ejecutivo, sino que centra su escrutinio en la manera en que los miembros del órgano en cuestión ejercen sus funciones (…)».

Siendo así las cosas, no queda más remedio que enjuiciar la actuación de nuestro Consejo a la luz de estos principios.

# III. EL TEST DE LAS APARIENCIAS

**¿Cómo detectar cuándo se ha violado la independencia judicial?**

Según Koen **Lenaerts** (2022: 362) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vale del llamado «*test* de las apariencias», según el cual «las garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el Derecho de la Unión postulan la existencia de reglas que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad con respecto a los elementos en litigio» [sentencias de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C 506/04, EU:C:2006:587, apdo. 53; de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C 216/18 PPU, EU:C:2018:586, apdo. 66, y de 2 de marzo de 2021, A.B. y otros (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo-Recursos), C 824/18, EU:C:2021:153, apdo. 117].

Manuel **Campos** (2022:20) llama la atención sobre el carácter subjetivo de esta doctrina que, aun sin suponer una renuncia al examen objetivo de la cualidad intrínseca de la norma examinada, pone el acento en la «impresión». Es más, para Sarmiento y Arnaldos representa un aspecto «estético» (2022:137).

Como se decía, la clave radica en averiguar si nuestro Consejo General del Poder Judicial superaría dicha prueba de apariencias que, en realidad, es de confianza ante la ciudadanía. Sobre este particular es muy ilustrativo escrutar cómo se ha desempeñado en el nombramiento de altos cargos judiciales, una de sus más importantes atribuciones.

Materia muy delicada esta, ya que el malestar está generalizado. La sociedad civil, a través de asociaciones como la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, ha denunciado que: «(…) viene ejerciendo dicha función de una manera que ha merecido críticas de amplios sectores, tanto dentro como fuera del ámbito jurídico. Y ello porque existen dudas de que haya incurrido en discriminación por motivos de ideología política entre los candidatos. Así, son muchas las voces que denuncian que dicho órgano no atiende únicamente a los principios de mérito y de capacidad de los aspirantes, sino que tiene en consideración su posicionamiento político o afinidad ideológica, si bien no refleja tales motivos en la fundamentación jurídica de sus decisiones» (**Villegas**, 2019:18).

Incluso más duro es el dictamen de ciertos sectores académicos. No tienen desperdicio las palabras del catedrático Juan Ignacio Igartua Salaverría (2007:251-252), que clama contra el régimen en estos demoledores términos: «Todo el mundo tiene noticia de cómo se las gastan en el Consejo General del Poder Judicial cuando está en juego algún nombramiento relevante. Esta institución arrastra una desprestigio ganado a pulso (y no es de hoy) porque ha llegado a conocimiento público que, en su seno, los procedimientos selectivos más importantes acostumbran a resolverse bien por el rodillo, bien por el intercambio de cromos, o en bien en subasta y baratería; y todo ello sin necesidad de camuflar las correas de transmisión partidistas (aunque eso fuera aconsejable por la cosmética de guardar las formas)».

Nótese como pone el dedo en la llaga al señalar las «correas de transmisión», circunstancia ésa determinante en la prueba de confianza, puesto que marca las injerencias en el ejercicio de las funciones. No es cuestión baladí, toda vez que, siguiendo a Uilloa (2022:8), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea enseña que la intervención de los Consejos de la Magistratura en el nombramiento de cargos judiciales requiere que ellos mismos disfruten «de una independencia suficiente respecto de los poderes legislativo y ejecutivo» (STJUE, de 2 de marzo de 2021, caso A. B. y otros contra Krajowa Rada Sądownictwa y otros, asunto C824/18, § 137-139).

Son evidentes, pues, las sospechas de indebidas conexiones entre el máximo órgano de gobierno de la judicatura española y la política u otros intereses inconfesables. Unos hablan de «cosmética» y otros de «estética». Nos quedamos con esta última expresión en el sentido kantiano, esto es, como sentimiento fruto de la representación mental, al ir más allá del mero subjetivismo, habida cuenta de que refleja un substrato fenoménico cuyo carácter objetivo no cabe descartar. Sea como fuere, no cabe duda de que el *test* de las apariencias se salda con un triste suspenso.

# IV. LOS RIESGOS DE UN CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEPENDIENTE

El Consejo General del Poder Judicial es una de las columnas de la arquitectura judicial de nuestro país de modo que, si se resiente, la justicia entera amenaza ruina. La eventualidad de que las altas instancias jurisdiccionales europeas impugnasen la validez jurídica de sus resoluciones acarrearía consecuencias imprevisibles. Ya se han mencionado los nombramientos de altos cargos judiciales, acaso el vicio menos oculto del entramado, pero son muchos otros los espacios que serían afectados.

Por un lado, el régimen disciplinario de los jueces, ámbito éste que cae bajo la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, de 5 de junio de 2023, caso Comisión contra Polonia, asunto C-204/21, § 125). Especialmente reprobable es su utilización como instrumento de control político (STJUE, de 11 de mayo de 2023, caso Inspecția Judiciară, asunto C-817/21, § 50, 58, 66). Ni qué decir tiene cuán disfuncional sería poner bajo la sospecha de parcialidad la totalidad del sistema de control gubernativo en la carrera judicial.

Por otro, no menos inquietante, se vislumbra la utilización torticera de la jurisprudencia europea por los enemigos del Estado español, muy particularmente los separatistas que buscan eco de sus reivindicaciones en auditorios internacionales. Por descabellado que se nos antoje, entre su arsenal de armas jurídicas se encuentra la tacha de contaminación política a la Corte de Casación del Reino de España, dado que sus magistrados son designados por un Consejo cuyos componentes deben sus cargos al poder político. No olvidemos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denegó la ejecución de una orden europea de detención por entender que el sistema judicial del país emisor, Polonia, no reunía los mínimos requisitos para un juicio justo (STJUE, de 25 de julio de 2018, caso

Minister for Justice and Equality, asunto C-216/18, § 66, citada por Ulloa, 2022: 4). Todo ello sin contar con la hipotética retirada de fondos europeos (Ulloa, 2022:20).

Tal vez algunos reputen exagerados tan agoreros vaticinios, al basarse en supuestos considerablemente más graves que el español, principalmente Polonia, lugar donde la independencia judicial arrastra una crisis sistémica. Además, la Unión Europea carece de competencias directas en organización judicial, al ubicarse dicha parcela jurídica dentro de un terreno infranqueablemente acotado por la soberanía nacional.

Sin negar el grano de verdad que contengan semejantes recelos, lo cierto y verdad es que a estas alturas la justicia europea ha dejado bien claro que el planteamiento de una cuestión prejudicial en esta área al amparo del artículo 19 de su tratado constitutivo no está sujeto a ninguna regla de *minimis* y que «el hecho de que la unión no disponga de competencias en materia de organización judicial, en modo algo implica que las cuestiones judiciales supongan una competencia exclusiva de los Estados miembros» (Iglesias, 2022: 497, 511). Tomemos nota, pues es sólo cuestión de tiempo que el foco judicial europeo se proyecte sobre nuestro país.

# V. SOLUCIONES: REFORMAS LEGALES Y AUTOLIMITACIÓN DEL PODER

El actual modelo de gobierno de la judicatura española ha fracasado. Está emergiendo un consenso, una *communis opinio*, que rechaza con fuerza e indignación crecientes el *antiestético* espectáculo que ofrecen las burdas injerencias del mundo político en el Consejo General de Poder Judicial.

Son especialmente escandalosos los manejos para colocar a los afines en sus vocalías, tal como plásticamente describe la profesora Laura Baamonde Gómez (2022:78), que no tiene empacho de hablar de «involución», «sistema de cuotas» o «reparto del botín». Acude a un feliz préstamo tomado de la doctrina italiana «*lottizzazione*», alusivo al conflicto permanente que, por motivos muy similares a la españoles, padece la nación vecina. Singularmente preocupante le resulta a la autora el bloqueo en la renovación del Consejo, que lleva varios años paralizada por culpa de la incapacidad de las formaciones políticas para alcanzar las mayorías parlamentarias necesarias.

Ofrece como remedios la instauración de mandatos personales superiores a cuatro años, acentuar los requisitos de capacidad profesional de los candidatos, introducir renovaciones de tipo parcial o la supresión de la *prorrogatio*. De esta guisa confía cambiar las «anquilosadas dinámicas políticas de sujeción de la vida pública a un esquema binario», «que ha devenido con el tiempo en un equilibrio inestable de bloques ideológicos poco favorable al diálogo sosegado» (2022:88-89). Aun aplaudiendo la buena voluntad que la anima, su eficacia es muy dudosa, al no atreverse más que a retoques *cosméticos* de lo que ella misma llama «dinámicas patológicas» (2022:88). Se maquillan los síntomas, pero no se trata la enfermedad.

La sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 salvó la validez del régimen que alumbró la enmienda Bandrés, pero lo hizo demandando un ejercicio inmune a las luchas partidistas que, ni remotamente, se ha respetado. Un autor como David Ortega advierte que «no es arriesgado afirmar que la aplicación práctica de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985 ha sido y es contraria a la interpretación constitucional» (2022:29). No estaría de más plantearse una inconstitucionalidad sobrevenida.

Tan bajo hemos caído que en noviembre de 2018 el portavoz del grupo parlamentario mayoritario de la oposición en el Senado se jactó ante sus compañeros de escaño de haber logrado controlar el Tribunal Supremo «desde atrás». No hemos de extrañarnos, obviamente, si luego hay quien duda de la independencia de nuestra justicia.

Ha llegado el momento de dar por periclitado el sistema y retornar a la composición mixta del Consejo que desarrolló la ley 1/80, que se ajusta más a la redacción del artículo 122 de la Constitución española y cuyos efectos, con todas las insuficiencias que se quieran, jamás fueron tan nocivos como los que ahora sufrimos. En cualquier caso, y si nos fijamos en el bloqueo, sería menos costoso reunir los 176 escaños que precisa la reforma de la ley orgánica, frente a los 210 para escoger los nuevos vocales. Estas reflexiones, sin embargo, se mueven en la periferia, puesto que el núcleo radica en causas estructurales, *id est*, en la anomalía de que todos y cada uno de los integrantes del máximo órgano rector de nuestra magistratura hayan sido encumbrados a tan alta posición merced a la influencia de la política. Y es que vamos contra corriente. Mencionábamos *supra* abundante material de «Derecho blando» que recomendaba un modelo incompatible con el de nuestro Consejo. Esa masa admonitora, nacida sobre todo del seno del Consejo de Europa, va cobrando paulatinamente consistencia hasta alcanzar un punto crítico y solidificarse en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No pasemos por alto que la doctrina de este órgano jurisdiccional se retroalimenta con la justicia la Unión Europea, tal como leemos en Manuel Campos: «(…) el Tribunal de Justicia se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exige a los tribunales que sean independientes tanto de las partes como del ejecutivo y el legislativo» (2022:23).

Una muestra de esta tendencia la hallamos, según comenta David Ortega, en la sentencia del STEDH, de 21 de junio de 2016, asunto Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, recursos 49868/19 y 57511/19. En su apartado 48 afirma que «no menos de la mitad de los miembros de tales consejos [del poder judicial] deberían ser jueces elegidos por sus iguales de todos los niveles de la judicatura y con respeto al pluralismo dentro de la judicatura» (2022:18).

Más recientemente está la STEDH, de ocho de noviembre de 2021, asunto Dolinska-Ficek y Ozimek contra Polonia, recursos 49868/19 y 57511/19 la cual determina que:

> «It is inherent in the Court´s findings that the violation of the applicant´s rights originated in the amendments to Polish legislation which deprived the Polish judiciary of the right to elect judicial members of the NCI and enabled the executive and the legislative to interfere directly or indirectly in the judicial appointment procedure, thus systematically compromising the legitimacy of a court composed of the judges so appointed» (§, 368).

Magistral habilidad la del ponente para condensar tantas ideas en tan pocas palabras. Y es que aquí está todo: se configura como un derecho de la propia carrera judicial la elección de sus pares en Consejo de la Magistratura y ello con tanta intensidad que resulta comprometida la legitimidad de aquellos jueces que fueron nombrados conforme a ese nuevo procedimiento donde se sintieron las influencias de los poderes ejecutivo y legislativo. Nada falta ni sobra.

Sea como fuere, lo más importante es que se abre una vía para el ejercicio de acciones judiciales mediante las que impugnar las resoluciones de un Consejo como el nuestro, aquejado de vicios originarios por su filiación política y desprestigiado por su porfiada praxis. Oteamos, por consiguiente, un futuro desalentador que debemos conjurar sin vacilaciones, atacando la raíz del mal, en vez de contentarnos con cataplasmas lenitivas. Traigamos a colación lo ya dicho, o sea, que el cuestionamiento de la validez jurídica de las decisiones del órgano de gobierno del Poder Judicial generaría riesgos de colapso sistémico. Desafortunadamente, no es de prever que los partidos políticos consigan concertar la inaplazable reforma de nuestra actual ley orgánica ni pactar una pronta renovación de las vocalías, ni siquiera reincidiendo los en los consabidos tejemanejes del reparto de cromos.

¿Qué hacer, entonces?

La terapia, al menos a corto plazo, está en el propio Consejo General de Poder Judicial. Su flanco más débil es el de los nombramientos de altos cargos judiciales, al poner en tela de juicio la legitimidad de ejercicio en sus funciones constitucionales. Bastaría con que aprobasen un nuevo reglamento de nombramientos discrecionales, actuación ésta comprendida en su elenco competencial, sin que tengan que estar sometidos al albur de las veleidades de otros poderes del Estado demasiado condicionados por las oligarquías partitocráticas. Este era el tenor de la propuesta que la ya mentada Plataforma Cívica por la Independencia judicial le dirigió hace ya unos años y cuyo tenor literal es el siguiente (**Villegas**, 2019: 18-20):

> «El Consejo General del Poder Judicial efectúa los referidos nombramientos con arreglo a un Reglamento interno 1/2010 que se ha revelado como un instrumento inútil para disipar las incertidumbres antes expresadas, pues resulta en exceso vago y desprovisto del suficiente rigor para efectuar un control efectivo de las eventuales desviaciones de poder en que incurriere el mencionado Consejo. Por tanto, proponemos las siguientes bases para la reforma del citado Reglamento:
>
> (...)
>
> "SEGUNDA. Los altos cargos judiciales cuya función sea esencialmente jurisdiccional serán elegidos por el Consejo General del Poder Judicial conforme a los principios de mérito y capacidad, que se valorarán por procedimientos objetivos. En supuestos excepcionales, se acudirá como último recurso al sorteo como procedimiento final y complementario de decisión. Serán excluidos expresamente como criterios de valoración el posicionamiento político o la afinidad ideológica de los candidatos."
>
> (...)

"CUARTA. El margen de apreciación discrecional del Consejo General del Poder Judicial, aunque no será eliminado, sí que será reducido mediante la objetivación de los méritos de los candidatos en virtud del establecimiento de procedimientos de baremación y prelación normativamente prefijados en el propio Reglamento. La antigüedad tendrá un valor superior a los demás méritos y no podrá ser inferior al cincuenta por ciento del total. El tiempo de servicio en la jurisdicción de que se trate o en su caso especialización no podrá ser inferior al veinticinco. El porcentaje restante incluirá el resto de los méritos invocados."

(...)

OCTAVA. - (...) Los vocales tendrán la obligación de abstenerse cuando se trate de decidir sobre un nombramiento discrecional en el que participe como solicitante de la plaza un miembro de su asociación».

Tómense estas sugerencias *cum grano salis*, simplemente como una apelación a la responsabilidad institucional de unos juristas, los vocales del Consejo, vilipendiados injustamente las más de las veces, puesto que las deficiencias son estructurales, no obedecen a las personas, sino al sistema. Si no son exactamente estos los remedios, bien serán otros. Al fin y al cabo, el leitmotiv es cerrar en la medida adecuada la abierta textura hartiana de la norma hasta impedir que entre sus intersticios se cuele la sospecha de arbitrariedad. Con esto sería suficiente para salvar la credibilidad del gobierno judicial y, de esta forma, alejar cualquier similitud de nuestra nación con Polonia, Hungría u otros Estados en trance de regresión democrática. Es la hora de los valientes, ojalá no caiga en saco roto.

# VI. *ADDENDA*: CONSEJOS AUTONÓMICOS DE JUSTICIA. EL CASO VALENCIANO

Llegados a este punto, bien estaría dar por terminado el artículo, al quedar expuestos los lineamientos de una teoría general sobre los principios europeos en materia de independencia judicial. Con todo, es difícil resistirse al impulso de rematarlo, como colofón, con un apunte sobre los Consejos Autonómicos de Justicia. Y, más todavía, referirlo a la Comunidad Valenciana, territorio que, por sus privilegiada posición jurídico-estratégica, se convierte en un laboratorio sociológico donde poner a prueba la complicada relación de fuerzas centrífugas y centrípetas que tensionan nuestro Estado. Añadamos, por tanto, unas breves notas, acaso embrión de futuros desarrollos más completos a medida que el futuro vaya aclarando la incertidumbre que ensombrece nuestro horizonte político.

Como sabemos, la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 se inclina por la inconstitucionalidad de los Consejos Autonómicos de Justicia, si bien con tanta ambigüedad que en su fundamento jurídico 47 entorna la puerta a «eventuales fórmulas de desconcentración». Críptica expresión ésta que abre una grieta en la muralla constitucional por donde acaso se infiltren esos mismos órganos proscritos, si bien camuflados bajo otra forma o nombre.

Son muchos los peligros, tal como ha puesto de relieve la mentada Plataforma (2023) que entrañarían tales experimentos, señaladamente, la quiebra de la unidad jurisdiccional. Es cierto que cabe suponer que dichos consejos se limitasen a funciones gubernativas, por lo que su diseño implicaría solamente el trasvase a su favor de algunas de las competencias actualmente residenciadas en los Tribunales de Justicia. Empero, no es plausible, ni en la teoría ni en la práctica, una distinción nítida entre el ámbito gubernativo y jurisdiccional. Nos movemos en una zona todavía por explorar cuyo desenlace no es fácil de prever. De ahí que a nadie se le escape que, más allá de la asepsia jurídica, semejante meta es una aspiración de movimientos secesionistas que la imaginan como una oportunidad de ir ascendiendo peldaños hacia la ruptura constitucional. Por eso, la Plataforma advierte (2023):

> «Los jueces españoles, además de encarnar un Poder del Estado, son trabajadores sujetos a un régimen de vacaciones, permisos, traslados, inspecciones, sanciones disciplinarias, etc. Son áreas que condicionan el día a día de su vida profesional y personal, por lo que, si se abre la puerta a la influencia de elementos hostiles a nuestro sistema constitucional y que, además, han demostrado empíricamente que están dispuestos a presionar a unas autoridades que ellos consideran elementos extranjeros, se crearía un ambiente de hostigamiento en detrimento del sereno ejercicio de la función jurisdiccional y, en consecuencia, de la independencia judicial».

Pero no quedan aquí las cosas. La idea capital que conviene ahora resaltar es que las previsiones de «desconcentración» no aspiran a corregir los vicios del gobierno central, esto es, el control de la magistratura, sino a potenciarlos. Y ello porque, con toda probabilidad, la composición de esos esos «mini-consejos» quedaría en manos de la oligarquía partidista, eso sí, no la nacional, sino la regional. O sea, cambiar un amo por otro, pero manteniendo la misma sumisión de la justicia a la política. Citemos de nuevo a la Plataforma (2003):

> «No olvidemos el alarmante grado de politización que aqueja a nuestro actual Consejo General de Poder Judicial debido a la íntegra designación política de sus componentes. Si ese modelo, u otro que consagre semejante grado contaminación partidista, se exporta a todas y cada una de nuestras Comunidades Autónomas, se estaría multiplicando por diecisiete el problema actual» (...). «Por eso, tales Consejos Autonómicos, creados a imagen y semejanza de un CGPJ ilegal, nacerían ya viciados, aquejados de una antijuridicidad originaría cuyos efectos invalidantes se expandirían hasta límites imprevisibles».

¿Nos resignaremos a esperar lo peor? No necesariamente. Hay otra salida. Si leemos el artículo 36 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, no detectamos nada en su texto que mueva a temer por el desmembramiento de la unidad del Poder Judicial. Antes bien, hay sitio para una fórmula innovadora en la que tal vez se encierre la solución al problema, a saber: si algún día llegan a materializarse esos futuribles consejos autonómicos, al margen de cómo se los quiera llamar, se presentaría una ocasión ideal para desprendernos del lastre que arrastra el Consejo General del Poder Judicial. Merece la pena estudiar si sería concebible una configuración normativa que permitiese a los jueces destinados en la respectiva comunidad autónoma elegir a los vocales judiciales integrantes de sus propios consejos autonómicos. En definitiva, el modelo que exige la jurisprudencia europea para los Estados miembros pero aplicado a otro ámbito territorial. Dicho de otro modo, la regeneración empezaría por la periferia. Quizás se entienda mejor ahora porque se decía antes que había llegado la hora de los valientes.

# VII. BIBLIOGRAFÍA

**Baamonde Gómez,** Laura. «La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la cesta institucional». *Revista de Derecho Político 2022, UNED*, enero-abril 2022, n.º 113 pp. 71-93. [Consultado de 16 de agosto de 2023] Disponible en: https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/33564

**Campos Sánchez-Bordona,** Manuel. «La protección de la independencia judicial en el Derecho de la Unión Europea.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, n.º 65, pp. 11-31. [Consultado de 16 de agosto de 2023]. Disponible en: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/38931rdce6501camposs an-chezbordona.pdf

**Igartúa Salaverría,** Juan. *La motivación en los nombramientos discrecionales*. 1.º ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2007. ISBN: 978-84-470-2736-1.

**Iglesias Sánchez**, Sara. «La Independencia Judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el tribunal de justicia de la UE». *Teoría y realidad constitucional*, 2022. n.º 50, pp. 487-516. ISSN 1139-5583. [Consultado de 16 de agosto de 2023] Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8744157

**Lenaerts,** Koen. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Independencia Judicial». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, n.º 72, pp. 351-368. [Consultado de 16 de agosto de 2023, pp, pp.] Disponible en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/94991

**Ortega Gutiérrez**, David. «Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico». *Revista de Derecho Político. UNED*, 2022, n.º 114, pp. 13-15. [Consultado de 16 de agosto de 2023] Disponible en: https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/34140

**Plataforma Cívica por la Independencia Judicial**. *Consejos Autonómicos de Justicia, Riesgos Constitucionales*, 2023. https://plataformaindependenciajudicial.es/2023/01/23/consejos-autonomicos-de-justicia-riesgos-constitucionales/

**Sarmiento Rodríguez-Escudero**, Daniel y **Arnaldos Orts,** Enrique. «La Independencia Judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista de Estudios Políticos*, 2022, n.º 198, pp. 121-151. [Consultado de 22 de agosto de 2023]. Disponible en: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-01/39985rep198cubiertascreditossumarios.pdf

**Ulloa Rubio**, Ignacio. «La primacía del Derecho de la Unión en materia de Estado de Derecho. Un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre Independencia Judicial». *La Ley Unión Europea*, 2022, n.º 104. ISSN-e 2255-551X.V

**Villegas Fernández**, Jesús Manuel. Coordinador. *Libro blanco para la despolitización de la justicia española. Propuesta de la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial*. Editorial Dykinson, 2019. [Consultado el 17 de agosto de 2023]. ISBN: 9788413241708. ISBN electrónico: 978-84-1324-170-8. Disponible en: https://www.dykinson.com/libros/libro-blanco-para-la-despolitizacion-de-la-justicia-espanola/9788413241708/

**Villegas Fernández**, Jesús Manuel y Rodríguez Blanco, Victoria. «The Independence of the Judiciary. Meaning and Threats». *Jurídica* International, 2022, n.º 31. [Consultado el 17 de agosto de 2023]. Disponible en: https://juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2022_31_90.pdf

# VIII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

**STJUE, de 11 de mayo de 2023, caso Inspecţia Judiciară, asunto C-817/21.**

58. Rechazo del régimen disciplinario como medio de control político de los jueces.

50, 66. Advertencia sobre las dudas razonables en su utilización como instrumento de control político.

**STJUE, de 5 de junio de 2023, caso Comisión contra Polonia, asunto C-204/21.**

125. El régimen disciplinario de los jueces está sometido al control del tribunal.

**STJUE, de 2 de marzo de 2021, caso A. B. y otros contra Krajowa Rada Sądownictwa y otros, asunto C824/18.**

137 a 139: Independencia frente a los poderes ejecutivo y legislativo de los órganos que participan en el proceso de nombramiento de los jueces.

**STEDH, de ocho de noviembre de 2021, asunto Dolinska-Ficek y Ozimek contra Polonia, recursos 49868/19 y 57511/19.**

368: Intervención directa o indirecta del Ejecutivo o Legislativo en el nombramiento del Consejo compromete la legitimidad.

**STJUE, de 19 de noviembre de 2019 caso A-K. y otros –Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo-, asuntos acumulados C585/18, C624/18 y C625/18.**

117. La legitimación de origen no compromete la de ejercicio.

**STJUE, de 20 de abril de 2021, caso República contra el Primer Ministro, asunto C-896/19.**

153. Apariencia de imparcialidad que menoscabe la confianza de los justiciables.

**STJUE, de 24 de junio de 2019. Caso Comisión contra Polonia, asunto C-619/18.**

114. Exigencia de inexistencia de cualquier duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los intereses en litigo.

**STJUE, de 5 de noviembre de 2019, caso Comisión contra Polonia, asunto C-192/18.**

120. La independencia judicial es incompatible con influencias internas o externas, directas o indirectas.

**STJUE, de 25 de julio de 2018, caso Minister for Justice and Equality, asunto C-216/18.**

66. Impermeabilidad. Duda legitima impermeabilidad frente a los elementos externos. Independencia e imparcialidad en caso de orden europea de detención.

**STJUE, de 27 de febrero de 2018, caso Asociación Judicial de Jueces Portugueses contra el Tribunal de Cuentas, caso C-64/16.**

44. Definición de independencia judicial como protección frente influencias o injerencias externas.

**STEDH, de 21 de junio de 2016, asunto case of Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, recursos 49868/19 y 57511/19.**

79: Las garantías previstas en el artículo seis de la citada Convención son aplicables no sólo a los tribunales jurisdiccionales, sino también a los órganos administrativos que sancionan a los jueces.

# EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA EN LA ERA DIGITAL

## THE PRACTICE OF LAW AND LEGAL ETHICS IN DIGITAL AGE

**Joel Harry Clavijo Suntura**
**Profesor contratado de Derecho Civil -Universidad Isabel I de Castilla (España)**
*joelharry.clavijo@ui1.es*

**SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN. II. DEFINICIÓN DE DEONTOLOGÍA JURÍDICA. III. EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (CDAE) Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. IV. EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN LA ERA DIGITAL. V. EL PROTOCOLO COVID Y EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN LA ERA DIGITAL. VI. UN BALANCE SOBRE LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA ERA DIGITAL EN EL ÁMBITO DE LA ABOGACÍA. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA. IX. REFERENCIAS LEGISLATIVAS

**Palabras clave:** Ejercicio de la abogacía, deontología jurídica, era digital, abogacía española.
**Keywords:** Law practice, legal ethics, digital age, spanish attorneyship.

**Resumen:** El trabajo se encuentra orientado a realizar un estudio sobre el ejercicio de la abogacía y la Deontología Jurídica en la era digital. Se analizará principalmente, el alcance de la definición sobre Deontología Jurídica, así como la regulación prevista en el Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE), luego de ello, se realizará un estudio sobre el ejercicio de la abogacía en la era digital y el protocolo COVID 19. En cuanto a la metodología para desarrollar el presente trabajo, se recurrirá principalmente a los métodos analítico e interpretativo.

**Abstract:** The aim of the research is to conduct an study on the law practice and legal deontology in the digital age. The definition of legal deontology will be analyzed, as well as the regulation provided in the Deontological Code of the Spanish Attorney ship. After that, a study will be conduct on the practice of law in the digital age and the COVID-19 protocol. For this purpose, the analytical and interpretative methods have been used.

# I. INTRODUCCIÓN

El estado de alarma adoptado a causa de la pandemia de Covid-19 ha obligado a los abogados a adaptarse con inusitada prisa a las nuevas tecnologías, razón por la cual experimentamos un viraje al ámbito digital que parece no tener retorno. A los cambios que ya se venían produciendo por la digitalización de textos, manuales y contratos, uso de firma electrónica, se han ido agregando algunos mucho más disruptivos, tales como el todavía incipiente uso de Inteligencia Artificial en el planteamiento de diagnósticos jurídicos y resolución de conflictos, mediante los denominados *Online Dispute Resolution*[217].

A todos ellos, se ha sumado -por razones sanitarias- la vía telemática para realizar distintos tipos de diligencias. En efecto, el contacto físico cercano se ha visto limitado en el ejercicio de toda actividad humana y, que en el caso del ejercicio de la abogacía estimamos que esta circunstancia podría acarrear algunas implicaciones éticas y, por tanto, en este nuevo escenario, un análisis desde la deontología profesional cobra especial relevancia.

Es decir, esto nos reconduce a replantear los esquemas actuales, con la finalidad de que las normas deontológicas que regulan el ejercicio de la abogacía no se queden en enunciados teóricos, sino que sean eficaces, en cumplimiento del principio de probidad profesional[218].

La sociedad civil debe disponer para ello, no solo de instrumentos jurídicos transitorios acordes al momento actual, sino que resulta primordial que exista una regulación planificada y debatida que sea útil para afrontar tanto la coyuntura actual como la que se avecina. De no ocurrir ello, se corre el riesgo de que se genere un periodo de estancamiento.

En ese marco, la estructura del trabajo comenzará con el planteamiento del problema a modo de introducción, un breve análisis terminológico, precisamente relativo a la definición de deontología jurídica, para posteriormente abordar el estudio del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE). luego de ello analizaremos el ejercicio de la abogacía en la era digital y la coyuntura generada por la aparición del COVID-19 en la sociedad, para terminar con un apartado de conclusiones y propuestas sobre el tema investigado.

# II. DEFINICIÓN DE DEONTOLOGÍA JURÍDICA

En primer término, se debe señalar que actualmente en todos los ámbitos la atención se dirige al cumplimiento de reglas éticas en el comportamiento humano[219]. Es decir, nos movemos entre la distinción o la elección de lo permitido y lo prohibido, entre lo que se puede hacer y no hacer, aspectos que pueden ser enfocados tanto desde el ámbito moral

217 Sobre el tema véase **Suarez, Ch.**, «Disruptive Legal Technology, Covid-19, and Resilience in the Profession», *South Carolina Law Review*, 72, 2, 2020, pp. 393-444. Recuperado de: https://sclawreview.org/disruptive-legal-technology-covid-19-and-resilience-in-the-profession/

218 Véase **Chinchilla, C.**, «El abogado ante la moral, la ética y la deontología jurídica», *Revistas de Ciencias Jurídicas*, 109, 2006, pp. 209, 230 y 231.

219 Véase **Chinchilla**, «El abogado ante la moral», *cit.*, p. 209.

como desde del derecho positivo, siempre y cuando lo ético, así como lo relacionado a la moral se regule en el derecho positivo. En esa línea, la deontología jurídica como toda rama/disciplina del derecho se debe encontrar regulada, sino se forma una especie de posturas subjetivas que tienden a optar por criterios discrecionales para justificar lo permitido y lo prohibido.

Ahora bien, desde una perspectiva amplia, se entiende por deontología jurídica a la suma de todas las exigencias éticas planteables a un jurista, con relación al ejercicio de su profesión[220]. En ese mismo sentido, conviene resaltar que la deontología jurídica subyace a la ética, porque resulta ser su elemento complementario[221]. Esto, se traduce en la imposibilidad de referirse a la deontología jurídica sin tomar en cuenta a la ética y a la moral.

Esto significa que, la ética se refleja en la deontología jurídica, con la finalidad de controlar un ejercicio correcto de la profesión, desde un ámbito moral en todos los ámbitos donde se requiere la presencia de un abogado en el ejercicio de la profesión, como asesor jurídico de una empresa privada, o bien como administrador de justicia en representación del Estado.

Por tanto, cuando se habla de una conducta ética en el ámbito jurídico, esta comprende tanto a quienes se encuentran en el ejercicio de la administración pública como a los profesionales que ejercen liberalmente el Derecho[222]. De ello, se asume que su ámbito de aplicación no se encuentra restringido a los abogados que ejercen la profesión, sino también a quienes tienen una relación jurídica con el gremio.

Lo anterior, debe ampliarse con la siguiente aproximación:

> La deontología jurídica comprende: «El conjunto de normas y deberes que regulan las relaciones del abogado con el cliente, con la parte contraria, con los operadores de justicia, con sus compañeros de profesión, con los colegios de abogados y en general con el pueblo»[223].

Esta definición se puede considerar como una aproximación integral sobre las dimensiones que comprende la deontología jurídica, por cuanto, aborda la relación no solo con un determinado grupo de actores, sino con todos los cuales un abogado tiene relación en el ejercicio de la abogacía[224].

---

220 **Ollero, A.**, «Deontología Jurídica y Derechos Humanos», *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, con **Zugaldía, J.** y **Roca, E.**, Granada: Universidad de Granada, 2001, p. 57.

221 Véase **Grande, M.**, *Ética de las profesiones jurídicas*, 2006. Málaga: Desclée de Brouwer.

222 Véase **Chinchilla**, «El abogado ante la moral», *cit.*, p. 209.

223 **Guzmán J.**, y **Ledesma, E.**, «Hacía una nueva deontología jurídica», *Revista Derecho.Ecudaor.com*, 2015. Recuperado de: https://www.derechoecuador.com/hacia-una-nueva-deontologia-juridica

224 Al respecto, el art. 9. 1 del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) «Relaciones con el Colegio», prevé de forma textual que las relaciones del Colegio comportan las obligaciones siguientes:
1. Cumplir lo establecido en el Estatuto General de la Abogacía Española, en los Estatutos de los Consejos Autonómicos y en los de los Colegios en lo que se ejerza la profesión, así como

Una forma de relacionar las diferentes aproximaciones que se tienen sobre la deontología jurídica es vinculando la teoría y la práctica, así pues, se tiene que el objetivo de la deontología jurídica consiste en diseñar perfiles de una buena práctica profesional como una cuestión técnica-teórica, que comprenda el ámbito práctico en su dimensión moral y jurídica[225].

Es decir, que la deontología jurídica además de su dimensión moral debe contemplar el ámbito jurídico, porque de lo contrario, como bien afirma Ollero en la deontología no cabe remitirse a meras claves formales o procedimentales, por cuanto, esto significa limitarse a orquestar música celestial[226].

Es decir, que resulta imprescindible crear una conexión entre el ámbito de la moral y el ejercicio del derecho adjetivo, priorizamos el derecho adjetivo en lugar del derecho sustantivo, por cuanto la actuación de un abogado/procurador en representación de su defendido tiene lugar ante los administradores de justicia.

Así pues, el reto principal de la deontología jurídica consiste en superar, la concepción tradicional que limita su alcance como a una parte de la ética que, al no encontrarse regulada, no es exigible, puesto que, se basa en la conciencia individual de la persona[227].

A modo de resumen, conviene resaltar que la definición y el alcance de la deontología jurídica no se resquebrajan a consecuencia de la nueva configuración de la abogacía en el mundo digital; por el contrario, al generarse un ámbito de aplicación nuevo, los retos son los mismos, aunque con otro tipo de interrogantes, producto de su irrupción en un ámbito desconocido y poco explorado hasta ahora.

# III. EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (CDAE) Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

En principio, se debe tener en cuenta que la deontología jurídica como tal no establece ideales de vida, sino obligaciones y derechos propios del ejercicio de una actividad profesional[228]. Tampoco es nuestro objetivo crear o proponer un modelo de conducta ligado únicamente al ámbito moral, que además de ello se convierte en una tarea *a priori* imposible de realizar en función de las características de nuestra sociedad.

---

la demás normativa de la profesión y los acuerdos y decisiones de los órganos de gobierno en el ámbito correspondiente.

225 Ollero, «Deontología Jurídica», *cit.*, pp. 56 y 57.

226 Ollero, «Deontología Jurídica», *cit.*, p. 59.

227 Véase de la Torre, F., *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid: Dykinson, 2000.

228 Hierro, L.L., «Deontología de las Profesiones Jurídicas: Una discusión académica. Teoría & Derecho», *Revista De Pensamiento jurídico*, 8, 2020, p. 93. Recuperado de: https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/238

En ese sentido, se debe destacar que las aproximaciones sobre la función de las normas deontológicas que consideraban que éstas rigen la conducta del profesional en el ejercicio de la profesión de carácter no técnico han quedado desfasadas en el tiempo[229]. Esto, debido a que ha quedado en evidencia la necesidad de que exista un instrumento que regule la conducta del abogado.

Lo anterior, queda respaldado por Hazard quien afirma de forma correcta que lo reglamentado para el ejercicio de una profesión, tiene que ser más que un conjunto de aspiraciones y declaración de ideales sin regulación, es decir, que tiene que ser un cuerpo de leyes[230].

Sobre el tema, un aspecto que desde nuestro punto de vista resulta llamativo es la exigencia continua de plasmar una serie de principios de conducta en reglas de conducta que se encuentren incorporadas en un cuerpo normativo. Se tiene la impresión de que hasta el momento no se ha logrado encontrar una fórmula que permita conectar lo uno con lo otro.

No obstante de lo anterior, desde el ámbito que se enfoca la realización de este trabajo. resulta imprescindible remitirse al contenido del CDAE, de 6 de marzo de 2019, como principal instrumento de regulación sobre el tema objeto del presente estudio.

Al respecto, el numeral 1 del art. 21 del CDAE, prevé que el uso de las tecnologías de la información y la comunicación no exime a quienes ejercen la abogacía de cumplir lo previsto en las normas deontológicas que regulan la materia[231].

Esto significa, que existe un instrumento vinculante, que avala la utilización de «tecnologías de la información y la comunicación». No obstante, *a priori* se debe reconocer que su regulación es genérica, porque si bien su contenido remite al Código en su totalidad, conviene que el término «tecnologías de la información» sea desarrollado o complementado, caso contrario, se asimilará como un concepto jurídico indeterminado, porque se interpretará su alcance de forma discrecional, aspecto que implica que será variable en cada caso según las circunstancias.

Para ello, en primer lugar, conviene analizar la definición del término: «tecnologías de la información y la comunicación (TIC)». Sobre el tema, Belloch afirma que se consideran como TICs a las tecnologías para el almacenamiento, recuperación, proceso y comunicación de la información[232].

229 Véase **Vega, C.**, *Deontología de la profesión del abogado,* Madrid: Thomson Civitas, 1983.

230 Véase **Hazard, G.**, *Ethics in the practice of Law,* 1978. New Haben. Connecticut: Yale University Press.

231 De forma textual el art. 21 «Empleo de las tecnologías de la información y la comunicación" en el numeral 1) establece que: "El uso de las tecnologías de la información y la comunicación no exime de cumplir las normas deontológicas que regulan la profesión ni las obligaciones que imponen las reguladoras de la sociedad de la información».

232 **Belloch, C.**, «Las Tecnologías de la Información y Comunicación en el aprendizaje. Material docente [on-line]». *Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación.* Universidad de Valencia, 2012, p. 2. Recuperado de: https://www.uv.es/bellochc/pedagogia/EVA1.pdf

Esta definición, en sentido amplio nos impide establecer un vínculo concreto entre las TICs y el ejercicio de la abogacía en la era digital. En la esfera que nos ocupa, el vínculo se produce mediante el uso de la «web» por los profesionales de la abogacía y su recepción por parte de los beneficiarios.

Otro aspecto que llama la atención es la regulación prevista en el art. 6 del CDAE sobre la publicidad, puesto que permite entre otros la publicidad libre de servicios profesionales con respeto a la regulación vigente sobre la materia, defensa de la competencia y lo previsto con relación a las normas deontológicas del ámbito de la abogacía.

Una vez más, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado «publicidad libre», no es suficiente remitirse al contenido del CDAE, toda vez que, no se entiende a qué tipo de fuentes contempla la publicidad libre. Esto, genera dificultad al momento de ofrecer servicios de asesoría y patrocinio jurídico, que se hace más evidente en el ámbito digital, por ejemplo, un consorcio de abogados se presume que tiene más recursos para acceder a diferentes espacios digitales tanto gratuitos como de pago, a diferencia de un abogado que pretende ofrecer sus servicios por cuenta propia que difícilmente podrá permitirse invertir o competir con un consorcio conformado por un grupo de abogados que ofrecen sus servicios en distintas ramas del derecho.

Por su parte, el art. 9 de la CDAE, regula las relaciones con el Colegio. En ese sentido, se prevé que se tienen la obligación de cumplir lo establecido en el Estatuto General de la Abogacía Española, en los Estatutos de los Consejos Autonómicos y en los Colegios en los cuales se ejerza la profesión.

Desde nuestro punto de vista, se considera positivo el contenido previsto en este artículo, por cuanto, refuerza la obligación que se tiene de cumplir lo previsto en el CDAE, sino que remite esta obligación a lo regulado en las instituciones de control y supervisión que se tiene en España.

# IV. EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN LA ERA DIGITAL

A modo de introducción se debe señalar que el humanismo y la tecnología en el ámbito del derecho se encuentran obligados a entenderse, se parte de esta afirmación, en virtud de que la inteligencia artificial si bien es cierto que resulta útil en el procesamiento y análisis de datos, así como en el cálculo de daños para establecer responsabilidad, no elabora normas jurídicas, sino que estas son producto de la creación humana[233].

En ese sentido, consideramos que la inteligencia artificial se constituye en un aliado de vital importancia para mejorar los recursos clásicos que tiene la abogacía en la resolución de conflictos, más no para reemplazar la figura del legislador, por cuanto esto significaría

233 Véase **Martín Diz, F.**, «Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios on line (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)», *Revista La Ley mediación y arbitraje*, 2, 6538, 2020.

desnaturalizar la esencia del derecho. Sobre el tema, resulta impensable, por ejemplo, que un robot o una máquina sea la encargada de crear las normas positivas en un determinado Estado.

En cuanto al ejercicio de la profesión, uno de los principales retos de los profesionales del Derecho al inicio del «boom digital» consistía en anticiparse al mercado y no solo ello, sino en dejar atrás su irracional rechazo al uso de la tecnología digital[234].

En la actualidad, este aspecto se ha superado de forma parcial, por cuanto, en los últimos tiempos la oferta de servicios profesionales en plataformas digitales en el ámbito jurídico se ha diversificado. Al respecto, los más avanzados inclusive han automatizado determinados servicios legales básicos, mediante el uso de herramientas y plataformas tecnológicas[235]. Sin embargo, el éxito de un cambio o una transformación será total en el ámbito de la abogacía siempre y cuando la mayoría de los colegiados tenga conocimientos técnicos para ofrecer servicios jurídicos digitales. En ese sentido, lo aconsejable es que esos conocimientos no solo sean empíricos, sino profesionales con la finalidad de utilizar mejor las herramientas del mundo digital.

En cuanto al ámbito de aplicación, en principio, todas las ramas del derecho deben reconsiderar el esquema analógico tradicional, ante el nuevo escenario digital, dando origen a nuevas necesidades jurídicas, con la dificultad añadida de una ausencia de regulación normativa[236]. En esa línea, conviene puntualizar —especialmente— todas las ramas del derecho que tienen una norma adjetiva.

En ese sentido, se pone en evidencia la necesidad que existe de promover avances legislativos, con la finalidad de resguardar la seguridad informática y la reutilización de datos con fines económicos[237]. De lo contrario, se corre el riesgo de atentar o invadir la intimidad de las personas

Sin duda, el escenario digital de la abogacía obliga al legislador a implementar cambios normativos en todas las ramas del derecho que así lo requieran. La coyuntura actual es propicia también para promover la implantación de medios extrajudiciales de resolución de litigios en línea, que también serviría para disminuir la tasa alta de litigios que existe[238].

No obstante, cabe preguntarse si el legislador dispone de un margen de tiempo necesario para elaborar normas sustantivas y adjetivas producto de un intercambio de ideas y análisis intelectual sólido, que requiere la promulgación y consecuente publicación de una Ley específica.

---

234 **Susskind R.**, «El futuro de la abogacía según Richard Susskind», *Revista Diario La Ley*, 8416, 2014, p. 2.

235 **Bermúdez Acuña, M.**, «Futurología para el derecho ¿Qué permanecerá y cuáles son los cambios que nos esperan?», *Revista Diario La Ley*, 40, 8150, 2020, p. 9.

236 **Peregrina, J.**, «La revolución digital requiere abogados digitales», *Revista Diario La Ley*, 8625, D-375, 2015, pp. 1-2.

237 **Ríos Ramírez, A.**, y **Garro, J.E.**, «Accountability y sociedad civil: el control político en la era digital», *Papel Político*, 22, 2, 2017, p. 333.

238 Véase **Martín**, «Inteligencia artificial», *cit.* s/p.

Por otra parte, la transformación del ámbito analógico al mundo digital se debe valorar desde dos esferas; el ámbito profesional y el ámbito empresarial. Lo primero; enfocado desde un punto de vista de la relación abogado-cliente en la estructura digital y lo segundo; tiene que ver con la gestión del abogado y las empresas encargadas de gestionar la tecnología digital[239].

Es decir, la relación abogado-cliente, se mudará de escenario lo físico será reemplazado por lo virtual. Sobre la accesibilidad a la tecnología, se debe resaltar que en la actualidad los abogados pueden acceder a los mismos servicios de manera general en igualdad de condiciones[240].

*A priori,* se presume que los consorcios jurídicos al tener una estructura sólida no sufrirán un cambio traumático, a diferencia de los abogados que ejercen de forma autónoma la profesión. En ese marco, surge la siguiente interrogante ¿Los beneficiarios podrán asumir los costos que ofrece un consorcio jurídico? Asumimos que se repetirá el escenario del mundo analógico, el mundo digital jurídico será más accesible para quienes tengan mayor capacidad económica.

Por ello, una vez más las circunstancias son propicias para reorientar la configuración actual, el objetivo debe centrarse en buscar un equilibrio entre las personas que buscan un servicio y los profesionales de la abogacía accesibles para ello. Una postura contraria asume Molina García, al afirmar que el ecosistema permite a los profesionales del Derecho realizar el trabajo técnico en menos tiempo y con menos recursos humanos[241].

Desde nuestro punto de vista, difícilmente el cambio de escenario se convertirá en un factor que permitirá la reducción de recursos humanos, porque existirá una reconfiguración de roles en el ámbito digital y sin duda un abogado no puede competir con un equipo de trabajo.

Por otra parte, la relación que se establece entre cliente-abogado-administradores de justicia representa nuevos retos como la utilización de la firma digital en reemplazo de la firma tradicional, sin duda se requiere que el proceso de registro de utilización de la firma digital no solo sea confiable, sino que su trámite sea sencillo y fácil de utilizar, caso contrario la herramienta digital en lugar de ser útil, retrasará, obstaculizará y complicará los procedimientos[242].

La era digital con relación al ejercicio de la abogacía representa un cambio estructural completo del modelo tradicional conocido hasta ahora, si bien al principio consideramos que todas las ramas del derecho se verán afectadas por el entorno digital. Hay quien afirma que la nueva estructura conllevará a la desaparición de algunas disciplinas jurídi-

239 **Peregrina**, «La revolución digital», *cit.*, pp. 1-2.

240 **Bermúdez**, «Futurología para el derecho», *cit.*, p. 6.

241 **Molina García, M.**, «La inteligencia artificial en el ejercicio de la abogacía: IBM Watson», *Actualidad Civil*, 6, 2016, p. 101.

242 **Matejka, Ján** y **Güttler, V.**, «Electronic written documents and biometric options of their signing - problem of evidentiary reliability and personal data protection», *The Lawyer Quarterly*, 8, 1, 2018, p. 43. Recuperado de: https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/267

cas y la irrupción de nuevas disciplinas acordes a la época digital, no solo ello, sino que será la jubilación anticipada para quienes no puedan reinsertarse en la estructura digital[243].

# V. EL PROTOCOLO COVID Y EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN LA ERA DIGITAL

La situación de emergencia producto del COVID-19 obligó al legislador a la adopción de medidas normativas, con la finalidad de no resquebrajar la fluidez del tráfico jurídico propio de un Estado de Derecho. Estas medidas se caracterizan por ser medidas excepcionales y temporales cuyo objetivo principal consiste en la resolución de temas concretos[244].

Es así que en fecha 11 de marzo de 2020, Consejo General del Poder Judicial adoptó el *Protocolo COVID 19- Instrucciones del Consejo General del Poder Judicial relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada*, en virtud del cual se adoptaron una serie de medidas, cuyos objetivos eran: «por un lado, minimizar los contactos interpersonales que puedan favorecer la transmisión del virus en dependencias judiciales o con ocasión de la prestación del servicio público judicial»[245].

Sin carácter taxativo, en dicho protocolo se mencionan algunas actividades calificadas de riesgo:

- Las visitas de comisiones judiciales a centros públicos, privados, de menores, hospitalarios, entre otros.
- Las presentaciones periódicas de investigados y/o condenados,
- Salidas de comisiones judiciales,
- Salidas para actos de comunicación,
- La atención en ventanillas o mesas
- Las firmas manuscritas de documentación judicial,
- Comparecencias de personas que tengan que desplazarse desde otro lugar,
- Los juicios del tribunal del jurado.

243 Véase **Susskind R.**, *The End of Lawyers*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

244 **Gómez Liguerre, C. I,** «Fuerza mayor», *Revista InDret*, 2, 2020, p. 8.

245 Consejo General del Poder Judicial, *Instrucciones del Consejo General del Poder Judicial relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada por el Covid-19,* 2019. Recuperado de: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Protocolo-COVID-19---Instrucciones-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-relativas-a-la-prestacion-del-servicio-publico-judicial-ante-la-situacion-generada

Todas estas medidas causaron que muchos abogados, partes o testigos se enfrentaran por primera vez a una entrevista, interrogatorio o audiencia telemática, utilizando aplicaciones como *Zoom*, *Google Meet*, *Jitsi Meet*, entre otras, lo que provocaría en muchos casos, nerviosismo y dilaciones incómodas debido a la falta de destreza en el uso de estas tecnologías[246]. Al respecto, cabe puntualizar que inclusive debido a ello o a la falta de destreza en sus inicios los usuarios no lograban conectarse, por lo que, la actuación procesal no lograba realizarse.

Ante este panorama, los despachos profesionales se vieron obligados a enfrentar este nuevo escenario laboral, por cuanto los abogados no pueden acogerse de manera general a un ERTE por causa de fuerza mayor derivado del estado de alarma a consecuencia del COVID-19, toda vez que pueden realizar sus actividades de manera telemática[247].

En ese marco, se debe resaltar, la pérdida de contacto físico estrecho entre abogado y representado. Un aspecto que en principio podría parecer irrelevante, en la realidad cobra muchísimo valor, puesto que el encuentro cara a cara constituiría un elemento esencial de la justicia restaurativa[248]. De hecho, **Le Guin** plantea que:

> «los encuentros restaurativos, como espacios de palabras, gestos y silencios se encuentran asimismo en ese rango de experiencias compartidas que surgen de la interacción de los sentidos corporales con la mente, en una comunicación a modo de danza, sincronizando ritmo y movimientos en muchas dimensiones sutiles»[249].

Sobre las relaciones interpersonales como consecuencia de la pandemia se propone un diagnóstico bastante preocupante. Se concluye que, en un primer periodo, se presenta un fenómeno de paranoidismo social, el cual se basa en la sospecha sistemática[250]. Por una parte, este paranoidismo se origina en el temor al contagio del virus Covid 19 y, por otro, en la sensación de vulnerabilidad producto de la incertidumbre de no contar con un tratamiento que asegure una profilaxis a gran escala.

Es decir, la desconfianza generada por la actual situación de pandemia, junto con la pérdida del contacto físico cercano o cara a cara, sin duda afectan a la manera de relacionarse entre abogado y representado, toda vez que las comunicaciones, en general, pudieran verse enfriadas y condicionadas por diversos factores tecnológicos.

---

246 Véase **Sánchez, B.**, «How to prepare for the post.pandemic Courtroom». *GPSolo Magazine*, 38, 2, 2021. Recuperado de: https://www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gp_solo/2021/march-april/how-to-prepare-post-pandemic-courtroom/

247 **López Ormeño, M.C.**, «Los ERTES por fuerza mayor derivados del Covid-1. En particular los ERTES de los despachos de abogados», *Revista Diario La Ley*, 9653, 6819, 2020, p. 5.

248 **Varona, G.**, «Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos de Covid-19», *Revista de Victimología*, 10, 2020, p. 33.

249 **Le Guin** citado por **Varona**, «Justicia restaurativa digital», *cit.*, p. 35.

250 Véase **Anguera, M.T.**, **de Armas, M.**, **Catalán, M.**, **Fornells, E.**, y **Moya, J.**, *Análisis prospectivo de los cambios en las relaciones interpersonales en el contexto de la pandemia covid-19*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2020. Recuperado de: https://dixit.gencat.cat/es/detalls/Article/analisis_prospectivo_cambios_relaciones_interpersonales

A modo de justificación de todo lo antes mencionado, cabe señalar que ante la coyuntura ocasionada por el COVID-19, la legislación de emergencia difícilmente solucionará de forma satisfactoria los conflictos generados, porque su espacio de aplicación es temporal[251].

Este aspecto en el ámbito de la abogacía digital, ha quedado reflejado, tanto en la relación de los abogados con los administradores de justicia, así como en la relación de los abogados con sus representados, con el consecuente daño a los afectados que se encontraban indefensos ante este nuevo panorama.

# VI. UN BALANCE SOBRE LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA ERA DIGITAL EN EL ÁMBITO DE LA ABOGACÍA

Como todo proceso de transformación, el ejercicio de la abogacía en el espacio digital conlleva ventajas e inconvenientes que conviene avizorar.

Uno de los aspectos más relevantes se refleja en la comunicación entre los profesionales de la abogacía y los clientes a través del ciberespacio, puesto que ha dejado de ser local para transformarse en una comunicación digital transfronteriza[252]. En realidad, se produce una internacionalización de la comunicación.

Otra ventaja para destacar se refiere a la reducción de desplazamientos y costos de transporte. Es así como en el ámbito digital, los desplazamientos se limitan a lo imprescindible, porque no existe la necesidad de desplazarse al espacio físico donde se encuentra el despacho de abogados, salvo en casos estrictamente necesarios que de forma progresiva serán menos.

Esto se complementa con la seguridad tanto del abogado como del cliente, por cuanto, los desplazamientos innecesarios evitarán encontrarse en una situación de riesgo imprevisible como los accidentes que se puedan suscitar en el trayecto desde el domicilio al trabajo, o bien en se atenuará de algún modo lo difícil que resulta encontrarse nuevamente —por ejemplo— con una persona que le ha causado un daño.

Asimismo, la implementación de un sistema inteligente integral en el ámbito de la administración de justicia permitiría solucionar los problemas de retardación de justicia, por cuanto con la ayuda de programas informáticos, se plantea la posibilidad de abreviar procedimientos procesales, como las notificaciones e interrogatorios personales entre otros.

251 Díez Soto, C.M. y González Pacanowska, I., «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del COVID-19 sobre las relaciones contractuales: Una perspectiva desde el derecho español», *Revista Cuadernos de Derechos Transnacional*, 13, 1, 2021, p. 188.

252 Molina, «La inteligencia artificial», *cit.*, p 102.

Con relación a la nueva generación de abogados considerados como nativos digitales, el ejercicio de la abogacía en el mundo digital les brinda la posibilidad de integrarse al mundo laboral jurídico, sin tener que recibir una capacitación adicional, que en este caso sí es necesaria para los abogados formados en el mundo analógico. Esta circunstancia se plantea como una ventaja para los nativos digitales y, por el contrario, como una desventaja para los abogados que no pertenecen a este grupo.

En cuanto a los inconvenientes que surgen en el escenario digital, no solo comprende a los profesionales del Derecho, sino también a los beneficiarios. En ese sentido, los beneficiarios que no cuentan con esa capacitación requieren conocimientos técnicos especializados para acceder a los servicios digitales.

Por su parte, conviene destacar que, en principio, el ámbito analógico de la abogacía no desaparecerá por completo, lo que otorgará a todos los actores, un periodo de adaptación. Sin embargo, una vez que se digitalice por completo la administración pública en lo que respecta el ámbito judicial, los abogados que no se actualicen quedarán en una clara situación de desventaja.

Otro inconveniente que se vislumbra es la monopolización de los servicios digitales a cargo de determinadas empresas. En ese marco, resulta primordial que la administración pública sea el ente encargado de desarrollar las herramientas digitales con la participación de los representantes de los colegios de abogados, solo de esta manera se evitará que el sector privado termine haciéndose del control absoluto de estas herramientas

# VII. CONCLUSIONES

El ejercicio de la abogacía en los tiempos actuales ha sufrido un viraje irremediable sin retorno al ámbito digital, ante este nuevo escenario, un aspecto que recobra importancia es la Deontología Jurídica, puesto que, se tiene la oportunidad de rediseñar la concepción tradicional teórica vigente, diseñando perfiles de buena práctica profesional en el ámbito digital.

El Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) que se encuentra en vigor ofrece una regulación genérica con relación a las tecnologías de la información (TICs), motivo por el cual, resulta evidente la necesidad que existe de complementar el alcance y establecer los límites que se deben cumplir al momento de utilizar las tecnologías de información disponibles.

El ejercicio de la abogacía en la era digital reconfigura la relación abogado-cliente y el acceso a la administración de justicia. De esta forma, el panorama actual se convierte es un factor fundamental, con la finalidad de mejorar la estructura del mundo analógico de la abogacía.

Se debe promover la capacitación de la sociedad civil en el uso de herramientas digitales, sobre todo en los grupos de personas consideradas como nativos no digitales, porque de lo contrario la brecha con los nativos digitales se profundizará y las desventajas de

acceso al ámbito digital de la abogacía se harán más evidentes. Para que ello no ocurra, los colegios de abogados deben asumir el rol de intermediarios en procura de equilibrar el acceso al mundo en condiciones de igualdad

Los cambios legislativos adoptados como consecuencia del COVID-19, no deben responder a una situación concreta de temporalidad producto de la emergencia sanitaria, sino que en su concepción el legislador debe tomar en cuenta distintos escenarios postpandemia.

En virtud de la irrupción de la tecnología digital en los últimos tiempos, el legislador debe adecuar lo más antes posible el sistema normativo, en procura de evitar que el ámbito digital de la abogacía se quede sin soluciones o con soluciones transitorias que generen vacíos normativos.

# VIII. BIBLIOGRAFÍA

**Anguera, M.T.**, **de Armas, M.**, **Catalán, M.**, **Fornells, E.**, y **Moya, J.**, *Análisis prospectivo de los cambios en las relaciones interpersonales en el contexto de la pandemia covid-19*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2020. Recuperado de: https://dixit.gencat.cat/es/detalls/Article/analisis_prospectivo_cambios_relaciones_interpersonales

**Belloch, C.**, «Las Tecnologías de la Información y Comunicación en el aprendizaje». Material docente [on-line]. *Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación*. Universidad de Valencia, 2012. Recuperado de: https://www.uv.es/bellochc/pedagogia/EVA1.pdf

**Bermúdez Acuña, M.**, «Futurología para el derecho ¿Qué permanecerá y cuáles son los cambios que nos esperan?», *Revista Diario La Ley*, n.º 40, 8150, 2020, pp. 1-14.

**Chinchilla, C.**, «El abogado ante la moral, la ética y la deontología jurídica», *Revistas de Ciencias Jurídicas*, n.º 109, 2006, pp. 205-234.

**de la Torre, F.**, *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid: Dykinson, 2000.

**Díez Soto, C.M.** y **González Pacanowska, I.**, «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del COVID-19 sobre las relaciones contractuales: Una perspectiva desde el derecho español», *Revista Cuadernos de Derechos Transnacional*, n.º 13, 1, 2021, pp. 180-237.

**Guzmán J.**, y **Ledesma, E.**, «Hacía una nueva deontología jurídica», *Revista Derecho. Ecudaor.com*, 2015. Recuperado de: https://www.derechoecuador.com/hacia-una-nueva-deontologia-juridica

**Gómez Liguerre, C.I.**, «Fuerza mayor», *Revista InDret*, n.º 2, 2020, pp. 1 – 11.

**Grande, M.**, Ética de las profesiones jurídicas, 2006. Málaga: Desclée de Brouwer.

**Hazard, G.**, *Ethics in the practice of Law,* 1978. New Haben. Connecticut: Yale University Press.

**Hierro, L.L.**, «Deontología de las Profesiones Jurídicas: Una discusión académica. Teoría & Derecho», *Revista De Pensamiento jurídico*, n.º 8, 2020, pp. 80-98. Recuperado de: https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/238

**López Ormeño, M.C.**, «Los ERTES por fuerza mayor derivados del Covid-1. En particular los ERTES de los despachos de abogados», *Revista Diario La Ley*, 9653, 6819, 2020, pp. 1-6.

**Martín Diz, F.**, «Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios on line (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)», (*Revista La Ley mediación y arbitraje*, 2, 6538), 2020.

**Matejka, Ján y Güttler, V.**, «Electronic written documents and biometric options of their signing-problem of evidentiary reliability and personal data protection», *The Lawyer Quarterly*, n. º 8, 12018, pp. 38-50. Recuperado de: https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/267

**Molina García, M.**, «La inteligencia artificial en el ejercicio de la abogacía: IBM Watson», *Actualidad Civil*, n.º 6, 2016, pp. 98-103.

**Ollero, A.**, «Deontología Jurídica y Derechos Humanos», *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, con **Zugaldía, J.** y **Roca, E.**, Granada: Universidad de Granada, 2001, pp. 53-72.

**Peregrina, J.**, «La revolución digital requiere abogados digitales», *Revista Diario La Ley*, n.º 8625, D-375, 2015, pp. 1-2.

**Ríos Ramírez, A.**, y **Garro, J.E.**, «Accountability y sociedad civil: el control político en la era digital», *Papel Político*, n.º 22, 2, 2017, pp. 311-337. https://doi.org/10.11144/javeriana.papo22-2.ascc.

**Sánchez, B.**, «How to prepare for the post.pandemic Courtroom». *GPSolo Magazine*, n.º 38, 2, 2021. Recuperado de: https://www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gp_solo/2021/march-april/how-to-prepare-post-pandemic-courtroom/

**Suarez, Ch.**, «Disruptive Legal Technology, Covid-19, and Resilience in the Profession», *South Carolina Law Review*, n.º 72, 2, 2020, pp. 393-444. Recuperado de: https://sclawreview.org/disruptive-legal-technology-covid-19-and-resilience-in-the-profession/

**Susskind R.**, «El futuro de la abogacía según Richard Susskind», *Revista Diario La Ley*, n.º 8416, 2014.

**Susskind R.**, *The End of Lawyers*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

**Varona, G.**, «Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos de Covid-19», *Revista de Victimología*, n.º 10, 2020, pp. 9-42.

**Vega, C.**, *Deontología de la profesión del abogado*, Madrid: Thomson Civitas, 1983.

# IX. REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Código Deontológico de la Abogacía Española, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Consejo General del Poder Judicial, Instrucciones del Consejo General del Poder Judicial relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada por el Covid-19, 2019. Recuperado de: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Protocolo-COVID-19---Instrucciones-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-relativas-a-la-prestacion-del-servicio-publico-judicial-ante-la-situacion-generada

# REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

COLEX