

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



Nº 4 | 2021

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO DE REDACCIÓN

Directora/editora:

Ana María Rodríguez Tirado

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Directora adjunta/editora:

Isabel Zurita Martín

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales/editoras:

Sección "Estudios"

María de la Paz Martín Castro

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España)

Sección "Análisis"

María Josefa Rodríguez Mesa

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

Secciones "Crónicas" y "Recensiones"

María José Cervilla Garzón

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España)

Secretario editorial/editor:

Pablo García Molina

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales:

Juan Antonio Alberca de Castro

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Miguel Carrasco González

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España)

Emilia Girón Reguera

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España)

Inmaculada González García

Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Manuel Jesús Rozados Oliva

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España)

Leticia Cabrera Caro

Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz (España)

Carlos Varela Gil

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)

Secretaría de redacción:

José Caro Catalán

Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Madelín Cruz García

Investigadora predoctoral de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

Diego Jesús Maldonado Guzmán

Investigador predoctoral UCA-FPU de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Pedro Jesús Baena Baena

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)

Vicenzo Barba

Professore Ordinario di Diritto Privato della Sapienza Università di Roma (Italia)

Juan Carlos Campo Moreno

Ministro de Justicia. Magistrado (España)

Joseph Carby-Hall

Director of International Legal Research en la University of Hull (Reino Unido)

Ana María Carmona Contreras

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)

Raquel Castillejo Manzanares

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

José Alejandro del Valle Gálvez

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Escribano López

Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)

Manuel Estrella Ruiz

Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Magistrado (España)

Liliána Estupiñán Achury

Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)

Rocco Favale

Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)

Antonio Fernández de Buján y Fernández

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Javier García Oliva

Professor of Law en University of Manchester (Reino Unido)

Juan Francisco Herrero Perezagüa

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)

Simone Marinai

Professore Associato di Diritto Internazionale dell'Università di Pisa (Italia)

Javier Martínez-Torrón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Maria Luisa Moreno-Torres Herrera

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

Daniele Negri

Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)

María del Carmen Núñez Lozano

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)

Ana Pérez Cepeda

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)

María José Roca Fernández

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

Francesco Sidoti

Professore Emérito di Criminología e Sociología nell'Università di L'Aquila (Italia)

Virginia Zambrano

Professore ordinario di Diritto Privato Comparato dell'Università di Salerno (Italia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/index>
ISSN-e: 2660-7964
DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>

Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Avda. de la Universidad, 4
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)
revista.rejucrim@uca.es

Editorial 
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
Presentación	9
ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO	
EDITORIAL.....	13
La Covid 19. Un campo de experimentación para el enfoque criminológico de la oportunidad delictiva.....	15
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA	
ESTUDIOS	23
Estudio comparado de la diligencia debida reforzada como parámetro de medición de la respuesta institucional a la violencia de género.....	25
SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS	
Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil	49
ISABEL L. MARTENS JIMÉNEZ	
Cuestiones procesales de los privilegios marítimos	103
MARÍA NIEVES JIMÉNEZ LÓPEZ	
Régimen de responsabilidad en el contrato de transporte de viajeros por carretera.....	129
BLANCA ROMERO MATUTE	
ANÁLISIS.....	179
Una parada en el camino: Estrategia de prevención secundaria de la trata en Andalucía ..	181
ELISA GARCÍA ESPAÑA, JACQUELINE CARVALHO DA SILVA, ELENA CASADO PATRICIO Y BERTHA PRADO MANRIQUE	
Propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital por razón de género: ciberviolencia contra la mujer a la luz del marco europeo de protección de datos.....	211
MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ	
El retorno del derecho laboral. A propósito de la “Ley Rider” y el caso GLOVO	235
ERIKA BÁEZ LAGUNA	

CRÓNICAS.....	261
Efectos colaterales de la pandemia: el impacto del COVID-19 en los derechos culturales. Reciente postura de la relatora especial de Naciones Unidas en su informe de 17 de febrero de 2021	263
ELISABET CUETO SANTA EUGENIA	
RECENSIONES	267
KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, Planes de formación en igualdad de género, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1 ^a ed., 2021, 361 páginas	269
JOSÉ MARÍA URIS LLORET	
CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario, Tirant lo Blanch, Valencia, 1 ^a ed., 2018, 395 páginas	275
CRISTINA ALONSO SALGADO	
PASCUAL-VIVES, Francisco, Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties, International Studies in Human Rights, vol. 129, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019, 290 pages	279
ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ	

PRESENTACIÓN

Presentación

Esta Revista tiene como ámbito de aplicación la publicación de artículos científicos y de divulgación científica, así como análisis, comentarios, crónicas de temas y noticias de actualidad y reseñas bibliográficas en el marco de las ciencias jurídicas y criminológicas. Su finalidad es contribuir de manera activa a la creación de espacios electrónicos de acceso libre para la reflexión académica como punto de encuentro e interrelación entre investigaciones diversas y de difusión del conocimiento científico multidisciplinar.

El Consejo Editorial y el Consejo de Redacción de esta Revista siguen trabajando por la difusión del conocimiento científico mediante el acceso libre. Consideramos que es una manera óptima de que los resultados de las investigaciones realizadas, fruto de largos periodos de dedicación al estudio, sean accesibles por la generalidad de investigadores y profesionales desde cualquier parte del mundo. Es una forma de contribuir al debate y a la reflexión. La idea de aumentar la difusión de la Revista ha llevado a que, progresivamente, se vaya indexando en bases de datos reconocidas. Es muy importante que la ciencia, en la modalidad de artículos publicados en revistas científicas, esté al alcance de la generalidad.

Los temas jurídicos y criminológicos de actualidad surgen continuamente desde diferentes contextos: desde la propia Academia, desde la praxis jurídica y forense y desde los cambios legislativos. En este año, el legislador ha aprobado nuevas normas legales o modificado otras existentes en nuestro acervo legislativo.

También el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han proporcionado destacadas sentencias no sólo de gran interés para los académicos, sino también han dado lugar a la proyección de reformas legislativas para adecuar el ordenamiento jurídico. Al respecto y procedentes de previos reales decretos-leyes, hemos seleccionado para este número el Proyecto de Ley por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (conocido como Plusvalía), que procede del Real Decreto-Ley 26/2021, de 8 de noviembre. En varias ocasiones, desde 2017, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad y nulidad de tributar en situaciones de inexistencia del incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. En concreto, ha

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, "Presentación", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 9-12, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.01>

afectado a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1 y 4, 107.2.a) y 110.4 de la indicada Ley.

Hemos elegido, asimismo, el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (procedente del Real Decreto-Ley 9/2021, de 21 de mayo), materia sobre la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado y sobre el que la doctrina tiene abierto el debate.

Como botón de muestra de la actividad legislativa, cabe destacar la aprobación de Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea; Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; la Ley 8/2021, de 2 junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; o la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

En este nuevo número, la vocal-editora de esta Revista, a la sazón Catedrática de Universidad del Área de Derecho Penal, la Dra. D.^a María José Rodríguez Mesa, plantea una interesante propuesta criminológica a partir de la situación derivada de la pandemia COVID19 (en particular, durante el confinamiento y la restricciones de acceso a locales y espacios de ocio) como escenario para experimentación de las “teorías criminológicas basadas en el enfoque de la oportunidad delictiva, cuya hipótesis es que la confluencia de determinados elementos en un mismo espacio y tiempo facilitan la comisión del delito”. Este editorial abre un oportuno debate transversal sobre la delincuencia en 2020.

Los temas centrales de los trabajos de investigación, insertados en las Secciones de Estudios y Análisis, abordan aspectos concretos de la violencia de género y de la trata, de los arrendamientos de vivienda, de los privilegios marítimos, del contrato de transporte de viajeros por carretera, de la brecha digital por razón de género y de las plataformas digitales de reparto.

En la Sección de Estudios, coordinada por la vocal-editora Dra. D.^a M.^a Paz Martín Castro, para el número 4 se ha aceptado los siguientes cuatro trabajos de investigación:

- “Estudio comparado de la diligencia debida reforzada como parámetro de medición de la respuesta institucional a la violencia de género”, del investigador D. Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos, quien reflexiona sobre el compromiso asumido por los Estados e instituciones en aras de la lucha contra la violencia de género y la protección de la víctimas, analizando las aportaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos al respecto.

- "Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil", de la investigadora D.^a Isabel L. Martens Jiménez, quien se adentra en analizar los tipos de arrendamientos de vivienda y su adecuación a la realidad social, así como la adecuación de la regulación vigente a las nuevas modalidades de arrendamiento surgidas en la práctica o de mayor utilización. Plantea propuestas de *lege ferenda* a partir del estudio del Derecho arrendatario alemán.
- "Cuestiones procesales de los privilegios marítimos", cuya autora es la Dra. D.^a María Nieves Jiménez López, quien reflexiona sobre la tutela procesal que el ordenamiento jurídico otorga a los privilegios marítimos como mecanismo que facilita el comercio marítimo.
- "Régimen de responsabilidad en el contrato de transporte de viajeros por carretera", cuya autoría corresponde a la Dra. D.^a Blanca Romero Matute. En este trabajo, se disecciona la responsabilidad en el marco del contrato de transporte terrestre de viajeros por carretera, centrándose, en particular, en la responsabilidad del porteador.

La Sección de Análisis, coordinada por la vocal-editora Dra. D.^a María José Rodríguez Mesa, está conformada por tres trabajos de investigación:

- "Una parada en el camino: Estrategia de prevención secundaria de la trata en Andalucía", realizado en coautoría por las investigadoras Dra. D.^a García España, D.^a Jacqueline Carvalho Da Silva, D.^a Elena Casado Patrício y D.^a Berta Prado Manrique, en el que se presenta los resultados de la evaluación externa de los dos primeros años del programa ÖDOS (2018 y 2019), enfocado en la valoración de su eficacia.
- "Propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital por razón de género: ciberviolencia contra la mujer a la luz del marco europeo de protección de datos", en el que la investigadora D.^a Mónica Martínez López-Sáez, en el marco de la brecha digital por razón de género, analiza dos casos concretos de ciberviolencia digital sexualizada contra la mujer desde la perspectiva de la protección de datos y a la luz del principio *favor libertatis*.
- "El retorno del derecho laboral. A propósito de la *Ley Rider* y el caso GLOVO", autoría de D.^a Erika Báez Laguna, quien analiza las plataformas digitales de reparto y la modificación de las relaciones laborales tradicionales a partir del análisis de la STS núm. 805/2020, en particular, de los repartidores de GLOVO, y la subsiguiente modificación legislativa.

En la Sección de Crónicas, coordinada por la vocal-editora Dra. D.^a María José Cervilla Garzón, se publica la crónica presentada por la investigadora D.^a Elisabet Cueto Santa Eugenia, titulada "Efectos colaterales de la pandemia: el impacto del COVID-19 en los derechos culturales. Reciente postura de la relatora especial de Naciones Unidas en su informe de 17 de febrero de 2021".

Este núm. 4 se completa con tres recensiones. La primera de ellas es autoría del Dr. D. José María Uris Lloret, quien recensiona a KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, *Planes de formación en igualdad de género*. La segunda es realizada la Dra. D.^a Cristina Alonso Salgado a CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*. Y la tercera es obra del Dr. D. Alejandro del Valle Gálvez a PASCUAL-VIVES, Francisco, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties, International Studies in Human Rights*, vol. 129.

Esta Revista está al servicio de la ciencia jurídica y de la ciencia criminológica. El número 5 está abierto para recepción de nuevos trabajos hasta el 15 de abril de 2022. Está prevista la publicación del nuevo número en junio de 2022, tras finalizar el preceptivo proceso de revisión de los trabajos recibidos como indicador de calidad.

Investigadoras, investigadores y profesionales del Derecho y de la Criminología, os invitamos, desde este foro, a publicar en el próximo número.

Jerez de la Frontera, 20 de diciembre de 2021

Ana María Rodríguez Tirado
Directora

EDITORIAL

La Covid 19. Un campo de experimentación para el enfoque criminológico de la oportunidad delictiva

La criminología es una ciencia empírica, que basa su conocimiento en el análisis de la realidad mediante el método inductivo. No obstante, la naturaleza de su objeto de estudio, -el crimen-, dificulta en gran medida la utilización, por parte de los investigadores del método experimental, consistente en la observación de los hechos no como se presentan de por sí, sino provocados o manipulados intencionalmente para poder establecer las distintas variables que afectan a un determinado objeto de estudio. En la medida en que la metodología experimental se vale de manipulaciones (generalmente de una variable) y de test controlados para poder determinar procesos causales, puede ser éticamente incompatible con gran parte de las investigaciones sobre el fenómeno criminal. Por una parte, no es éticamente viable provocar el crimen para posibilitar su estudio; y, por otra, con la excepción de los denominados casos terapéuticos en los que se mejora o neutraliza alguna variable de sujetos en situación de riesgo delictivo para comprobar el efecto causal de la misma en el comportamiento criminal, es muy difícil poder manipular, a efectos de observación experimental, la mayoría de las variables que pueden influir en el fenómeno delictivo.

La situación derivada de la Covid 19, en concreto el periodo de confinamiento y las limitaciones de los locales y espacios de ocio, así como de los eventos públicos (fiestas, futbol, cine, teatro, etc.) ha configurado el escenario perfecto para un análisis experimental de las teorías criminológicas basadas en el enfoque de la oportunidad delictiva, cuya hipótesis es que la confluencia de determinados elementos en un mismo espacio y tiempo facilitan la comisión del delito.

En la actualidad, la mayor parte de la doctrina criminológica parte de la premisa de que el crimen es un producto de la interacción del individuo con el ambiente en el que se desarrolla; esto es, de la acción recíproca entre factores personales, sociales y situacionales o físicos. Y ello, con independencia de que, según la tesis planteada, se otorgue una mayor importancia a alguno de estos factores frente a los otros.

En este contexto, las teorías situacionales van más allá del estudio de la inclinación delictiva del sujeto, al incluir en el análisis del suceso criminal las características del contexto situacional y/o ambiental que ayuda a que el sujeto con inclinaciones delictivas pase a la acción. Cada vez más los trabajos criminológicos que evidencian como determinados escenarios físicos proporcionan muchas más oportunidades delictivas que otros (Felson y Clarke, 1998).

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ MESA, María José, "La Covid 19. Un campo de experimentación para el enfoque criminológico de la oportunidad delictiva", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 15-21, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.02>

Entre las teorías situacionales, la teoría de las actividades rutinarias –también conocida como teoría de la oportunidad- formulada por Cohen y Felson (1979), relaciona el comportamiento delictivo con el contexto situacional del autor y de la víctima a partir de la convergencia en el espacio y en el tiempo de tres elementos básicos: un posible delincuente, un objetivo apropiado y la ausencia de un vigilante adecuado.

También entre las corrientes situacionales o ambientalistas, la teoría del patrón delictivo formulada por Brantingham y Brantingham (1991) parte del análisis del movimiento en el tiempo y en el espacio de los sujetos y objetos involucrados en el hecho criminal. Para ello se tienen en cuenta tres elementos claves: los “Nodos” (desde y hacia donde se trasladan los individuos); las “Rutas” (itinerarios seguidos por las personas en sus actividades cotidianas); y los “Límites” (límites de las áreas donde la gente vive y lleva a cabo sus actividades diarias).

Tanto una como otra parten de la hipótesis de que las oportunidades desempeñan un papel importante en la comisión del delito, de modo que la reducción de oportunidades delictivas puede producir un descenso del delito. Al depender de los movimientos cotidianos y estar concentradas en el tiempo y en el espacio, la alteración de cualquiera de estos elementos tendría una repercusión en las oportunidades para delinquir, provocando un incremento o descenso de la actividad delictiva. Aunque según esta teoría la reducción de las oportunidades delictivas no suele desplazar el delito, lo cierto es que varios estudios empíricos han puesto de manifiesto que la reducción de la oportunidad mediante el incremento de vigilancia en determinadas zonas provoca un desplazamiento de los delitos patrimoniales a lugares con menor vigilancia. Por otra parte, el incremento del uso cotidiano de las TIC, junto con el hecho de que el ciberespacio sea un escenario en el que no existen distancias físicas ni guardianes formales institucionalizados, favorece el desplazamiento del cibercriminal hacia otros objetivos de ataque (Miró Llinares, 2011).

Pues bien, el cambio sin precedentes que ha supuesto la Covid 19 en las actividades cotidianas de los individuos supone un campo de experimentación natural en el que comprobar algunas de las hipótesis de las teorías de la oportunidad. El periodo de confinamiento tuvo dos consecuencias importantes a estos efectos: por una parte, los individuos estaban recluidos en sus casas, lo que reducía de forma drástica las oportunidades de que el sujeto motivado para delinquir coincidiera con una víctima idónea en el espacio y en el tiempo. Por otra, los individuos modificaron muchas de sus actividades cotidianas, utilizando el ciberespacio como lugar al que se trasladaron gran parte de las actividades que anteriormente se llevaban a cabo en el espacio físico (teletrabajo, compras, ocio, etc.). Tras el periodo de confinamiento estricto, es preciso analizar también si las restricciones de los lugares de ocio, la reducción del turismo, la instauración del teletrabajo y el mantenimiento de actividades en el ciberespacio por parte de los nuevos usuarios han tenido alguna repercusión en la actividad delictiva.

A partir del análisis de los datos sobre criminalidad de 2020 y su comparación con los de 2019 puede comprobarse si, en efecto, el cambio en las actividades cotidianas ha supuesto una reducción de los delitos o un mero desplazamiento de los mismos. También es importante verificar si la reducción de oportunidades para delinquir ha afectado de la

misma forma a todos los tipos de delincuencia. Para ello se va a partir del dato de los hechos delictivos conocidos por la policía publicados en el Anuario del Ministerio del Interior de 2020, la evolución trimestral de la criminalidad (Ministerio del Interior) y el Estudio sobre la cibercriminalidad en España en 2020 (Ministerio del Interior).

Para cuantificar y comparar las tasas de criminalidad vamos a utilizar el dato de hechos conocidos por la policía (infracciones penales conocidas por los cuerpos policiales en el lugar de ocurrencia del hecho). La tasa de criminalidad, al indicarnos el número de infracciones por cada 1.000 habitantes, permite comparar tipologías delictivas, distintos períodos y países sin que las variaciones en la población afecten a la tasa.

A partir del año 2009 comienza un descenso paulatino de las tasas de criminalidad en nuestro país, de modo que en el año 2017 la tasa de criminalidad era inferior en casi ocho puntos a la de 2009. En los 2018 y 2019 se produce un ligero repunte de la criminalidad en uno y dos puntos respectivamente. El año 2020 cierra con la menor tasa de criminalidad conocida desde que se viene computando en nuestro país, concretamente 37,2 infracciones conocidas por cada 1.000 habitantes, lo que supone un descenso con respecto al año anterior de casi nueve puntos.

Es evidente, y así se reconoce por el propio Ministerio del Interior, que la pandemia ha desempeñado un papel crucial en este acentuado descenso de la criminalidad. Las cuestiones a analizar son: a) si ello es consecuencia de un cambio en las actividades cotidianas con la consecuente reducción de las oportunidades para delinquir; b) si el descenso ha sido generalizado en todas las tipologías delictivas; c) si se ha producido un desplazamiento de la actividad criminal a los nuevos ámbitos de la actividad cotidiana; y d) si se trata de un fenómeno puntual o es posible que perdure más allá de los períodos de restricciones más estrictos.

a) El periodo de confinamiento en España comprendió del 15 de marzo al 21 de junio de 2020, aunque a partir del 10 de mayo comenzó la fase de desescalada, con una progresiva reducción de las restricciones. Aunque los dos primeros meses del año 2020 comenzaron con un incremento de las tasas de criminalidad, durante el periodo de confinamiento - según los datos oficiales- la criminalidad (hechos conocidos) se redujo respecto del año anterior en un 42% en el mes de marzo, 65,5% en el mes de abril y 40% en el mes de mayo. Si bien en porcentajes no tan altos, la criminalidad siguió siendo inferior en los meses siguientes, siendo de destacar el mes de diciembre, en el que el porcentaje se redujo respecto al año anterior en un 20%.

El hecho de que la mayor reducción de la criminalidad se corresponda con el periodo en el que durante todo el mes se decretó un confinamiento estricto (abril) es una evidencia de que el cambio en las actividades cotidianas de la población incide en las oportunidades delictivas, reduciéndolas o incrementándolas. El confinamiento evitó en gran medida que el delincuente motivado y la potencial víctima coincidieran en el espacio y en el tiempo físico, lo que conforme a la hipótesis de la teoría de las actividades rutinarias ha de llevar a una reducción del delito. Por otra parte, las restricciones en materia de ocio y de

reuniones familiares explicaría el descenso de la criminalidad en los meses de julio, agosto y diciembre.

b) Aunque el descenso de la tasa de criminalidad ha sido generalizado a partir de mediados de marzo, no todas las categorías delictivas han experimentado una reducción similar. Entre los delitos contra las personas, el descenso más acusado se ha producido en los delitos de lesiones y riña tumultuaria, con una reducción del 20% con respecto al año 2019, seguido por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que experimentaron una disminución del 13,6%. Con respecto a las lesiones y riñas tumultuarias, se trata de delitos muy vinculados a los lugares de ocio y a la interacción entre agresores y víctimas; mientras que los delitos contra la libertad sexual de adultos se cometen principalmente en el domicilio del agresor (63%) y en portales, parques y vehículos (34%), lo que implica también una presencia de la potencial víctima en la vía pública o su traslado al domicilio del agresor. Tanto en un caso como en otro, es evidente que la restricción de movimientos y del ocio han influido causalmente en la reducción de este tipo de delincuencia, pues el cambio en las actividades cotidianas ha reducido las oportunidades delictivas.

No obstante, la categoría delictiva con mayor variación con respecto al año anterior ha sido la relativa a los delitos contra el patrimonio, y especialmente los hurtos, que han disminuido en un 40%, seguidos por los robos con violencia e intimidación con una reducción del 31%, y los robos con fuerza en domicilio, establecimientos y otras instalaciones, disminuidos en un 27,5%. A pesar de la disminución de los robos con violencia o intimidación, es de destacar un incremento de los robos con violencia en vía pública (16%) y en establecimientos (9,4%). Este último dato, puesto en relación con la disminución de los hurtos y de los robos con fuerza, no niega necesariamente la hipótesis principal de las teorías de la oportunidad, pues es posible que la reducción del turismo, del ocio, y en general de las aglomeraciones de personas hayan reducido las oportunidades para el hurto y robo con fuerza, configurándose la violencia como un instrumento necesario para la comisión del delito ante el cambio en las actividades rutinarias. No obstante, se trata de una cuestión cuyo análisis requiere más atención de lo que se le puede prestar en un trabajo de esta naturaleza.

La categoría delictiva que ha sufrido un incremento histórico ha sido la de los delitos contra el orden público, que se han visto incrementados en un 38%, como consecuencia de las denuncias por atentado contra miembros de las fuerzas armadas y resistencia y desobediencia grave a la autoridad a causa de las manifestaciones en contra del estado de alarma, así como las denuncias por la desobediencia de las restricciones establecidas y del toque de queda. En el ámbito de la LO 4/2015 de Protección a la Seguridad Ciudadana, durante los meses de marzo y abril de 2020 el número de sanciones se incrementaron en un 9.690% y el 2.138% respectivamente con relación a los mismos meses del año anterior.

También se han incrementado las estafas en un 10%, especialmente las relacionadas con cuestiones relativas a la pandemia (estafas por teléfono, datos personales, estafas bancarias, etc.).

Otra categoría delictiva que ha sufrido un incremento ha sido el tráfico de drogas, que experimentado un aumento del 2,2 % respecto del año anterior. En el caso del “menudeo”, al tratarse de un delito de confluencia en el que es preciso un sujeto dispuesto a vender droga y otro dispuesto a comprarla, el cambio en las actividades cotidianas no les afecta del mismo modo que a los delitos vistos anteriormente, ya que el hecho delictivo no depende en este caso tanto de la oportunidad como de la demanda. En cuanto al narcotráfico, al no existir una víctima directa, su comisión no exige la confluencia en el espacio-tiempo de la que parte la teoría de la oportunidad, por lo que ni el confinamiento ni las restricciones del ocio reducen las oportunidades delictivas para esta categoría delictiva.

Contra todo pronóstico, donde se han reducido los casos de criminalidad –al menos oficial- ha sido en el ámbito de la violencia de género. No obstante, son varias las causas que pueden explicar esta reducción. En primer lugar, la disminución no ha sido tan relevante, ya que en el año 2019 el número de victimizaciones experimentó el mayor incremento histórico, pasando de 77.562 casos en 2016 a 90.674 casos en 2019, por lo que el descenso en 2020 de 3.200 casos sigue manteniendo unas cifras de victimización muy superiores a las de los años precedentes a 2019. Además, hay que tener en cuenta otros dos datos: por una parte, que gran parte de la violencia de género se da por parte de exparejas que, durante el confinamiento, no pudieron acercarse a sus víctimas. Precisamente este dato sirve para explicar el descenso de mujeres muertas con respecto al anterior año en un 19%; y, por otra, que durante el confinamiento no era el mejor momento para interponer una denuncia por violencia de género ante la incertidumbre de lo que podía pasar con la mujer y los hijos, en su caso, tras poner la denuncia.

En cuanto al número de victimizaciones por violencia familiar el descenso ha sido solo del 0,8%, y al igual que en el caso de la violencia de género sigue representando cifras muy altas respecto a los años anteriores a 2019.

c) Uno de los postulados de la teoría de la oportunidad es que la reducción de las oportunidades delictivas no tiene por qué significar un desplazamiento del delito. Los cambios en la actividad cotidiana durante la pandemia han demostrado, en efecto, que la reducción de oportunidades delictivas ha supuesto una importante disminución global de la criminalidad. Pero también es cierto, que parte de la delincuencia se ha trasladado de unas categorías delictivas a otras, como ha ocurrido con las estafas o con el tráfico de drogas; y, sobre todo, se ha desplazado en el espacio. No de un espacio físico a otro, sino del espacio físico al ciberespacio.

Tanto el traslado de gran parte de la actividad cotidiana (trabajo, ocio, compras, reuniones de amigos, etc.) al ciberespacio, como el incremento del número de usuarios conectados en la red han creado el escenario idóneo para la cibercriminalidad; esto es, para el crimen cometido en el ciberespacio que, como afirma Miró Llinares (2011), se configura como un nuevo ámbito de oportunidad delictiva en el que el tiempo y el espacio se contraen, pero a la vez se expanden, de modo que mientras que en el espacio físico es preciso que los sujetos coincidan en el mismo tiempo y lugar para poder comunicarse, en el

ciberespacio pueden comunicarse al mismo tiempo o en tiempo separados, y en el mismo ciberespacio pero en espacios físicos distintos.

Si se sigue la hipótesis principal de la teoría de las actividades rutinarias, el incremento de personas y objetos en el ciberespacio junto con la ausencia de controles efectivos para evitar el delito, supondría la existencia de un ámbito en el que las oportunidades delictivas se incrementan de manera exponencial. Si a ello le unimos la reducción de oportunidades delictivas en el espacio físico que ha supuesto la Covid 19, es de esperar que los ciberdelitos hayan experimentado un notable incremento en el año 2020, al coincidir en ese nuevo espacio sujetos motivados para delinquir con víctimas y objetos atractivos.

Según el estudio sobre la cibercriminalidad en España (2020), el total de hechos delictivos conocidos cometidos en el ciberespacio se incrementó en el año 2020 en un 131,9% frente al año 2019. Según los datos proporcionados por el Sistema Estadístico de Criminalidad, en el año 2020 el 16,3% de las infracciones penales fueron cometidas en el ciberespacio, frente al 9,9% del año anterior. Las victimizaciones, por su parte, suponen un 29,7% más que en el año 2019 y por el perfil de la víctima (varón de entre 26 y 40 años) está muy relacionada con el teletrabajo.

De entre todas las categorías delictivas la sufrió un mayor incremento fue la de fraude informático (89,6% de los ciberdelitos conocidos), que aumentó respecto al año anterior en un 134%. Además, los ciberdelincuentes han aprovechado la pandemia para lanzar ataques de ransomware contra las infraestructuras esenciales e instituciones sanitarias necesarias para la lucha contra la pandemia. A nivel europeo, y no solo nacional, se ha registrado un incremento de las campañas de phishing o estafas, que han llegado a constituir el 59% de las ciberamenazas.

Aunque según los datos del Ministerio del Interior los delitos sexuales se han mantenido sin cambio en el ciberespacio, es preciso tener en cuenta que estamos ante una categoría delictiva en la que existe una alta cifra negra de criminalidad debido a la dificultad de su detección –incluso por parte de la víctima- y de la ausencia de denuncias. Así, según la información facilitada por el Departamento de delitos telemáticos de la Guardia Civil, los reportes sobre supuesta distribución de material pornográfico ilícito se incrementaron en España en un 449% diario, alcanzando un 730% en el periodo más duro del confinamiento. La Hotline de la Unidad Central de Ciberdelincuencia del CNP, por su parte, registró entre el 15 de marzo y el 30 de abril 1732 avisos y/o denuncias ciudadanas por detección online de material pedófilo, lo que supuso un incremento del 352% respecto al mismo periodo de 2019.

Se confirma, por tanto, la hipótesis de que los cambios sociales y tecnológicos, en cuanto suponen un cambio en las actividades cotidianas, producen nuevas oportunidades delictivas.

d) Por último, es preciso plantearse si la relajación de las restricciones en el segundo semestre de 2021 ha tenido alguna repercusión en las cifras de criminalidad y en qué medida.

De enero a septiembre de 2021 la mayoría de los delitos han sufrido un incremento porcentual con respecto al mismo periodo del año 2020, excepto los robos con fuerza en establecimiento, domicilios e instalaciones que han seguido en descenso. Es llamativo, sin embargo, el notable aumento experimentado por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, y concretamente la agresión sexual con penetración que se ha incrementado en un 30,6%. Según diversas instituciones las causas de tal incremento van desde el incremento de denuncias hasta una reacción post confinamiento, pero lo cierto es que la violencia machista se vuelve a situar tanto en el ámbito de la libertad sexual como en el de la violencia de género –en el que se ha incrementado tanto el número de denuncias como el de víctimas- a niveles prepandémicos.

Estos datos refuerzan la hipótesis de partida de la teoría de las actividades cotidianas, pues una vez “normalizada” la situación, hemos vuelto a nuestras actividades cotidianas y las oportunidades delictivas han vuelto a incrementarse.

Este incremento de la delincuencia en el espacio físico no ha supuesto, sin embargo, una disminución de la ciberdelincuencia. El crimen ha llegado al ciberespacio para quedarse, y a medida que nuestras actividades cotidianas se vayan trasladando al ciberespacio, se incrementará el número del total de las infracciones penales cometidas en el mismo, produciéndose un desplazamiento del crimen del espacio físico al espacio virtual.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANTINGHAM, P. J., BRANTINGHAM, P. L. (1991). *Environmental criminology*. Prospect Heights, IL: Waveland Press.
- COHEN, L.E., FELSON, M. (1979), “Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach”, *American Sociological Review*, Vol. 44, No. 4 (Aug.), pp. 588-608.
- FELSON, M., CLARKE, R. (1998), “Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention”. *Police Research Series*, Paper 98. Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Londres.
- MIRÓ LLINARES, F. (2011). “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-07, p. 07:1-07:55.

María José Rodríguez Mesa
Vocal/editora sección “Análisis”

ESTUDIOS

Estudio comparado de la diligencia debida reforzada como parámetro de medición de la respuesta institucional a la violencia de género

Comparative study about reinforced due diligence as a measurement parameter of the institutional response to gender violence

SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS

Investigador predoctoral FPU de Derecho Penal
Universidad de Cádiz (España)

sergio.delaherran@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-2681-8631>

Resumen: El obligado compromiso de los Estados y las instituciones en la lucha contra la violencia de género y la protección a las víctimas está fuera de toda duda. Los avances normativos en esta materia han incorporado expresas referencias a la sujeción preceptiva al seguimiento, prevención y represión de actos de agresión contra las mujeres. En este sentido, América y Europa han alcanzado un desarrollo normativo y jurisprudencial nada desdeñable. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos han logrado dar pasos importantes en esta línea y han desarrollado el parámetro de diligencia debida reforzada en violencia de género para valorar la responsabilidad estatal en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención, represión y reparación.

Abstract: *The obligatory commitment of the States and the institutions in the fight against the gender violence and the protection of victims is beyond any doubt. The normative advances in this matter have incorporated express references to the mandatory subjection to the monitoring, prevention and repression of acts of sexist aggression against women. In this sense, Europe and America have reached a not inconsiderable normative and jurisprudential development. Both the*

Recepción: 01/07/2021

Aceptación: 27/09/2021

Cómo citar este trabajo: DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, “Estudio comparado de la diligencia debida reforzada como parámetro de medición de la respuesta institucional a la violencia de género”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 25-48, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.03>

InterAmerican Court of Human Rights and the European Court of Rights have managed to take important steps in this line and have developed the parameter of reinforced due diligence in gender violence to assess state responsibility in complying with its obligations of prevention, repression, and reparation.

Palabras claves: violencia contra la mujer, derechos humanos, diligencia debida reforzada, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Keywords: *violence against women, human rights, enhanced due diligence, Europa, America.*

Sumario: 1. APROXIMACIÓN. 2. NORMATIVIDAD E INTERÉS ESTATAL EN LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. 3. LA DILIGENCIA DEBIDA REFORZADA COMO PARÁMETRO DE MEDICIÓN DE LA RESPUESTA INSTITUCIONAL A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. 3.1. El estándar de diligencia debida en el marco de los derechos humanos. 3.2. Experiencia americana: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.3. Experiencia europea: referencias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.4. Recepción española. 4. REFLEXIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. APROXIMACIÓN

La mujer ha sido la gran olvidada en la edificación del orden jurídico internacional de los derechos humanos¹, al menos desde una perspectiva occidental. Pese a la creciente preocupación por la indemnidad de los derechos humanos a partir de la mitad del siglo XX, no todas las representaciones e identidades de la ciudadanía han evolucionado al mismo ritmo, bien por la invisibilización de esas realidades o bien por su normalización social. Esta ha sido la experiencia en todo lo relativo al reconocimiento de derechos a las mujeres y a la violencia que sufren por razón del género. Ha tenido que ser la crudeza desprendida por un criterio tan aséptico como la estadística que cuantifica el número de mujeres asesinadas y maltratadas la que, junto al movimiento feminista, ha provocado a un cambio de tendencia². Los datos que se fueron revelando pusieron pronto de manifiesto que este fenómeno, además de acrecentarse cuantitativa y cualitativamente, estaba arraigado a las estructurales sociales y culturales del mundo, lo que obligó a que la respuesta institucional tuviese una clara vocación universal, es decir, que fuese válida desde un prisma internacional para quedar alineada con la importancia que merecen los derechos humanos, o, mejor dicho: incrementándola. A este propósito se trae el objeto de estudio de este trabajo como es el análisis de la diligencia debida como parámetro de medición de la respuesta institucional a las violaciones de derechos humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). No obstante, a este criterio, común a la

¹ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 30.

² Sobre este punto léanse las obras de EDWARS, A., *Violence against women under international Human Rights Law*, Cambriange University Press, 2011, o de VALERA, N., *Feminismos para principiantes*, Penguin Random, Barcelona, 2019.

evaluación de la actuación de los Estados en el cuidado de los derechos humanos, se le añade en violencia de género un plus de exigencia que ha sido definido por su carácter “reforzado”. La violencia de género pasa a ser abordada como un problema concerniente a los derechos humanos que necesita de un especial cuidado en su tratamiento. Esto último ha venido acompañado de la superación de aquella praxis jurídica por la que los Estados recurrían a instrumentos normativos frágiles, sin fuerza vinculante y de naturaleza recomendatoria para canalizar y despachar sus obligaciones internacionales. La principal consecuencia que traía esta práctica era que la calidad de la atención legislativa, policial y judicial a las víctimas de violencia de género se dejaba en manos de la voluntad política de cada Estado. Por fortuna, en la actualidad se está en disposición de un acervo normativo que ha tipificado deberes expresos que no dejan alternativa a los Estados, siendo ya conocidas diversas resoluciones que condenan a entidades estatales por la infracción de esos deberes impuestos por la diligencia debida reforzada en violencia contra la mujer. No es menos cierto, por el contrario, que todavía dichas resoluciones se topan con grandes obstáculos en fase ejecutiva.

En este orden de ideas, es indiscutible que, al día de hoy, el fenómeno de la violencia de género, entendido este en un sentido amplio como cualquier acto de violencia física, psíquica, sexual o económica producida contra una mujer tanto en el ámbito familiar como fuera de él, constituye uno de los grandes retos para las democracias actuales, pues con él y, en ocasiones, la inacción de lo institucional, se perpetúa una violación sistémica de derechos humanos³. En consecuencia, los Estados, más allá de los legítimos postulados ideológicos de cada Gobierno, quedan así corresponsabilizados normativamente con la violencia de género, tanto desde el punto de vista de la correcta adopción y transposición de la normativa internacional vigente, como en el diseño de las reformas necesarias para que las mujeres disfruten una vida libre de violencias y, en su caso, con mejoras en los sistemas de prevención, detección, sanción y reparación. No obstante, con carácter previo al estudio del contenido de la diligencia debida reforzada por violencia de género resulta ineludible llevar a cabo una aproximación al armazón normativo que ha posibilitado el establecimiento de criterios válidos para, inclusive, exigir responsabilidad a los Estados en supuestos de omisión o negligencia en el cumplimiento de sus deberes para con este modo de criminalidad.

2. NORMATIVIDAD E INTERÉS ESTATAL EN LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El compromiso por parte del poder institucional de los Estados con las políticas de igualdad y la erradicación de la discriminación por razón de género ha experimentado un loable incremento en las últimas décadas. Las distintas legislaciones nacionales han comenzado a incorporar normas relacionadas con la lucha contra la desigualdad y la violencia de género. Mas alcanzar esto no ha sido tarea fácil. Si bien hoy puede afirmarse que es la integración en organizaciones internacionales de corte planetaria, americana o

³ En este sentido, MESTRE CHUST, J.V., *Los derechos humanos*, UOC, Barcelona, 2007, págs. 65 y ss.

europea la que exige esta labor desde su acervo normativo, en tiempos pretéritos esto quedaba abandonado al albur del voluntarismo de cada Estado y, en consecuencia, condicionado a la posición política de quien ostentaba el poder gubernamental en cada momento.

Así, en la esfera internacional, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) desde un primer momento con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 instituyó la igualdad y la no discriminación por razón de sexo como uno de sus principios ineludibles. Este fue el comienzo de lo que luego pasó a ser la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (1946), creada para llevar a cabo balances sobre la situación de la mujer en el mundo y la promoción de sus derechos, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer (1981), más conocida por la siglas ‘CEDAW’, que además compuso un Comité para la recepción de denuncias por violación de los derechos reconocidos en la CEDAW y la supervisión del progreso de los Estados parte en la labor de implementación de las recomendaciones, de las que interesa especialmente la Recomendación General núm. 19 (1992), posteriormente actualizada por la núm. 35 (2017)⁴. Toda la contribución normativa realizada por este organismo se ha encontrado con lo que la doctrina constitucionalista e internacionalista ha valorado como su mayor obstáculo, como es el valor jurídico y la débil fuerza vinculante de sus instrumentos⁵, en especial en lo que se refiere al derecho a la restitución en fase ejecutiva. Sin embargo, no fue hasta la aprobación de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993) que no se estimó el fenómeno de la violencia contra la mujer como una forma de transgredir los derechos humanos⁶. Este acontecimiento vino acompañado de la normativización de obligaciones internacionales que exigían a los Estados poner en efecto medidas encaminadas a contrarrestar la violencia contra la mujer. Este es el principal antecedente de lo que posteriormente ha dado lugar al estándar de diligencia debida como parámetro de control y medición de la actuación de los Estados en la protección, prevención y represión de actos de violencia contra la mujer. Dos años después de la aprobación de esta Declaración, se celebró la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer de Beijing, que, en opinión de

⁴ Entre otras muchas cosas, esta recomendación identificó la violencia de género como una discriminación por razón de género que afecta o anula el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres (Recomendación núm. 19), así como ha advertido a los Estados que es posible atribuirles responsabilidad por omisiones en la adopción de las medidas necesarias para impedir la violación de los derechos reconocidos o en las labores de investigación, prevención y sanción de actos de violencia (Recomendación núm. 35).

⁵ Así, CARRILLO SALCEDO, J.A., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 88-95 y 145.

⁶ Discrepante en este punto EDWARDS que objeta la titubeante inclusión de la violencia de género en el contexto internacional de violaciones de Derechos Humanos. La autora afirma la necesidad de que la violencia de género se estudie desde la perspectiva de universalidad demandada por los derechos humanos y denuncia que en esa tarea las mujeres han sido las grandes olvidadas (*Violence against women under International Human Rights Law*, op. cit., 2011, pág. 7, 22 y ss.).

ACALE SÁNCHEZ⁷, supuso la apuesta decidida y definitiva de Naciones Unidas por la lucha contra la violencia machista⁸.

Un estudio que trate la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos debe mencionar los trabajos desarrollados en el seno de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), en concreto los elaborados por la Comisión Interamericana de Mujeres, que fue pionera en la adopción de un tratado de carácter vinculante en el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una grave violación de derechos humanos y en la confección de un sistema de obligaciones para los Estados dirigidos a garantizar y actuar con diligencia debida en la defensa de los derechos reconocidos en el Tratado con el objetivo de garantizar una vida libre de violencia a las mujeres. Este objetivo se alcanzó finalmente en 1994 con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante, Convenio de Belém do Pará). En este sentido, fue la CIDH el organismo jurisdiccional que tuvo antes a su disposición un compendio normativo útil para el desarrollo del parámetro de la diligencia debida en violencia de género⁹.

En el espacio europeo, el compromiso con los derechos humanos y con la igualdad se hallan inscritas en las raíces de la formación de Europa. Así, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH), junto con los protocolos 7 (1984) y 12 (2008), reconoce como derecho de primer orden el de la igualdad y proscribe toda discriminación por razón sexo – hubiese sido más acertado la mención al “género” y no al sexo. No obstante, el punto de inflexión llegó con la aprobación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer en 2011 (en adelante, Convenio de Estambul). Este texto, de carácter vinculante, ha significado un antes y un después en la forma en que los Estados afrontan la lucha contra la violencia de género, pues tiene la virtualidad de hacer frente tanto a la violencia de género como a la violencia doméstica desde una misma óptica, es decir, no como formas diferenciadas de violencia, sino como distintas tipologías que forman parte de un amplio elenco de manifestaciones y perfiles que puede adoptar la violencia contra la mujer¹⁰. Hasta este momento, en realidad, no se había hecho frente

⁷ Vid., ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid, 2006, págs. 64 y ss.

⁸ Los trabajos realizados en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Mujer de Beijing han resultado de suma importancia en España. Tanto es así que los trabajos en la elaboración de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se inspiraron en aquellos, aunque luego finalmente quedara restringido al ámbito familiar. Ampliamente, *ídем*.

⁹ Se recomienda la lectura de la Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer elaborada por el Mecanismos de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) que detalla los orígenes y el contenido de esta. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/biblioteca.asp#herramientas>. Asimismo, FERIA-TINTA, M., “Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica”, en *Revista CEJIL*, núm. 3, 2007, págs. 30-45, en la que se analiza la primera sentencia que aplicó el Convenio de Belém do Pará.

¹⁰ Lo desarrollo más detalladamente en DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., “La intervención estatal en la erradicación de la violencia contra las mujeres como un compromiso con los Derechos Humanos: el caso

integralmente a la violencia contra la mujer, esto es, desde todas las aristas en las que puede revelarse y en los distintos modos de violencia, ya sea desde la más tradicional de la violencia física o psíquica contra la esposa, pareja o expareja, hasta la violencia sobre los hijos, la económica o la sexual, con independencia de los vínculos familiares y afectivos previos¹¹. El texto además obliga a los Estados a ocuparse desde un punto de vista holístico y con diligencia debida de esta modalidad de violencia, lo cual ha llevado a que se estén dando modificaciones legislativas tendentes a acoger esta nueva perspectiva. Sin ir más lejos, en España se ha aprobado el Pacto de Estado Español contra la violencia de género de 2017 y otras recientes reformas, como la que en estos momentos se lleva a cabo en el ámbito de la libertad sexual con el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual, que incorporan expresas referencias al espíritu del Convenio de Estambul¹². Como se ha apuntado, el Convenio de Estambul mandata a los Estados a actuar con diligencia debida, lo que a su vez ha permitido al TEDH refrendar y reforzar sus decisiones cuando se trata de medir la responsabilidad estatal en supuestos de vulneración de derechos humanos por situaciones de violencia de género.

La Unión Europea, por su parte, no consagró expresamente el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación hasta la aprobación del Tratado de Lisboa¹³ (2007). En la actualidad se ha avanzado con el vigente Tratado de la Unión Europea, que eleva la igualdad a uno de sus valores fundamentales, junto con la dignidad, la democracia y el respeto a los derechos humanos; y en el ámbito del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se ha incorporado la obligación de incluir la perspectiva de género en todas sus acciones. Sin embargo, ha sido vacilante en lo que se refiere a la violencia de género, al poner más la atención en otros aspectos como la discriminación laboral¹⁴, y una vez explorado ese camino lo ha hecho a través de las denominadas Resoluciones del Parlamento Europeo y Recomendaciones, cuya naturaleza jurídica se caracteriza, en las primeras, por una obligatoriedad difusa al situarse en el campo de los actos atípicos, y en

de España”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. Especial 7, 2021, págs. 8 y ss.

¹¹ *Vid.*, en extenso el trabajo de GIL RUIZ, J.M. (Dir.), VV.AA., *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminación*, Dykinson, Madrid, 2018.

¹² Sobre ambos trabajos pueden leerse las contribuciones de ACALE SÁNCHEZ, M., “Aspectos penales del Pacto de Estado español contra la violencia de género”, en *Rivista di Diritto penale contemporaneo*, núm. 1, 2018; y «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), PARRILLA VERGARA, J., (Coord.), *Mujeres y Derecho: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch editor, Barcelona, 2020, págs. 215 y ss.

¹³ En opinión de ACALE SÁNCHEZ este reconocimiento supone un cambio de paradigma en los objetivos de la Unión, que pasa de ser entendida como un espacio para los comerciantes para ser considerada un espacio para las personas (*Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus, Madrid, 2019, págs. 89 y ss.). Además, otro hecho muy importante ha sido que con este Tratado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión ha adquirido el mismo valor jurídico de los Tratados, lo que habilita el TJUE a pronunciarse sobre su contenido y el respeto que hacía ellos tienen los Estados en sus acciones (MANGAS MARTÍN, A., LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 446).

¹⁴ Así se relata en LOUSADA AROCHENA, J.F., “Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género”, en *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019, págs. 39-49.

las segundas, por su carácter no vinculante, lo que ha ocasionado que sean instrumentos jurídicos que escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵. Hasta la fecha, la contribución más relevante en la materia ha sido la aprobación de la Directiva 2012/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que establece unas normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos¹⁶. Por otra parte, fue muy importante el acontecimiento del pasado 11 de mayo de 2017, cuando el Consejo firmó el Convenio de Estambul. Queda pendiente su ratificación, momento en el que adquirirá vigencia para todos los Estados integrantes de esta organización internacional, inclusive las obligaciones de diligencia debida en violencia contra la mujer¹⁷.

Finalmente, España también ha construido su propio armazón normativo para combatir esta clase de criminalidad. Se parte de la Constitución Española, cuyo art. 14 consagra el derecho a la igualdad y veda cualquier tipo de discriminación, y su importancia se mide en la forma en que ha sustentado posteriormente toda la cimentación y articulación normativa de programas de discriminación positiva¹⁸, como bien se encargó de reseñar el Tribunal Constitucional en la STC 59/2008, de 14 de mayo. Sin embargo, el gran avance llegó con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG). Pese a que es indiscutible que esta ley supuso una aportación muy positiva, se le ha objetado que no fue tan ambiciosa como se esperaba en un principio, pero en la actualidad se han puesto en marcha las enmiendas necesarias para la subsanación de esos defectos en el ámbito del Pacto de Estado Español contra la Violencia de Género de 2017. Por otro lado, España cuenta con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que, además de desarrollar un conjunto de políticas públicas de integración de la mujer en aquellos sectores de los que ha sido excluida históricamente, presta atención a otras violencias silenciadas por la LOMPIVG, como el acoso sexual y sexista. Asimismo, y con especial incidencia en violencia de género, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto

¹⁵ Cfr., MANGAS MARTÍN, A., LIÑAN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., págs. 384-385.

¹⁶ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentario a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 157 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, M, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, op. cit., págs. 91-95.

¹⁷ Esto se produce como consecuencia del principio de eficacia directa –ya asentado desde la histórica STJUE *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963–, por lo que incluso en aquellos Estados en los que no se haya ratificado el Convenio de Estambul será plenamente aplicable y exigible. De no haber quedado paralizado el proceso de integración de Turquía en la Unión Europea tras las reticencias que ha mostrado esta por las violaciones de derechos humanos de ese Estado este hubiese sido un buen ejemplo de la fuerza vinculatoria de los principios de eficacia directa después de que Turquía anunciara el pasado marzo de 2021 que abandonaba su adhesión al Convenio de Estambul.

¹⁸ Sobre el particular, LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código penal de 1995”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, págs. 233 y ss.; la misma autora, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, pág. 19.

de la Víctima, prevé medidas especiales para las víctimas especialmente vulnerables, en cuyo grupo están comprendidas las mujeres. Sobre esto último, adquiere especial significación el derecho a la protección, concretado en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha sido considerado como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de violencia contra la mujer (STC 87/2020, de 20 de julio) y que, a los efectos de este trabajo, está generando responsabilidad estatal por una mala puesta en funcionamiento por parte de los agentes estatales encargados de su concesión. La controversia afortunadamente se ha apaciguado después de que en el año 2018 se haya descargado de importancia a la orden de concesión, que hasta entonces era el único título habilitante para el acceso al estatuto de la víctima por violencia de género¹⁹.

De todo lo visto hasta ahora, se concluye que uno de los principales hitos ha sido el de consensuar que hablar de violencia de género es hablar de vulneración de derechos humanos y, como tal, no debe existir discusión alguna acerca de su protección: es un derecho de mínimos. Desde esta premisa, no puede soslayarse la “diligencia debida” como estándar de protección internacional de los derechos humanos²⁰. Pues, en efecto, el concepto de diligencia debida ha coexistido a la expansión y el reforzamiento de las medidas destinadas a proteger derechos humanos y a prevenir su infracción. Es un concepto que se proyecta sobre la responsabilidad de las entidades llamadas a observar la pervivencia e indemnidad de aquellos²¹. Los Estados quedan de este modo corresponsabilizados jurídicamente. Es importante insistir en que la actual respuesta estatal a la violación de derechos humanos se desprende de expresos mandatos jurídicos de orden internacional y, en su caso, interamericano o europeo. Y es que, en definitiva, basta hablar de derechos humanos para comprender incluida la violencia contra la mujer, pues como se ha visto la ONU, la OEA o el Consejo de Europa han acordado que la violencia de género es la manifestación más patente de violación sistemática de Derechos Humanos. Sin ir más lejos, ONU Mujeres ha cifrado que la violencia por razón de género afecta al 35% de la población mundial femenina, cifras que se incrementan hasta el 70% en algunos países²². La especial atención a la violencia de género desde el prisma de los derechos humanos reconocidos internacionalmente ha venido propiciada cuantitativa y cualitativamente por la crudeza de la realidad del fenómeno, lo que ha llevado a que las normas exijan deberes a los Estados en el correcto tratamiento de las situaciones de violencia de género y una lucha constante en la búsqueda de su erradicación.

¹⁹ Cfr., Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

²⁰ LOZANO CONTRETAS, J.F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 231 y ss.

²¹ Véanse, por ejemplo, los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y los Derechos Humanos que establece un elenco de medidas organizativas para la protección, prevención y represión de cualquier atentado contra los DDHH. Disponible en: https://www.escr-net.org/sites/default/files/human_rights_due_diligence_briefing_paper_first_draft_sept_2015_-_span.pdf

²² Datos de ONU Mujeres. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures#notes>

3. LA DILIGENCIA DEBIDA REFORZADA COMO PARÁMETRO DE MEDICIÓN DE LA RESPUESTA INSTITUCIONAL A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1. El estándar de diligencia debida en el marco de los derechos humanos

No resulta sencillo ofrecer un concepto claro de “*diligencia debida*”, pero ello no impide afirmar desde el inicio que se está ante el parámetro de medición adecuado en la evaluación de la responsabilidad estatal y de las administraciones públicas por una atención negligente a situaciones de violencia de género.

Este ha sido el criterio que ha permitido que hoy en día los Estados estén sometidos a responsabilidad por violaciones directas, indirectas u omisivas de derechos humanos y, de modo expreso, por aquellos atentados que afectan a las mujeres en un contexto de discriminación y subordinación histórica. Acudiendo a los principios y a las reglas proporcionadas por este instrumento de valoración, los organismos jurisdiccionales –CIDH y TEDH principalmente– han comenzado a dictaminar resoluciones condenatorias por falta de diligencia debida, ya sea por la ausencia de medidas de prevención, o por la ausencia o deficiencia en la investigación y reparación después de la perpetración de estas violaciones.

La llegada de la diligencia debida como un factor de medición de la respuesta estatal a la violencia de género no puede comprenderse sin resaltar, de nuevo, la afirmación de que este no es sino un supuesto de violación de derechos humanos. Este es, y no otro, su antecedente. En efecto, este ha sido el criterio seguido históricamente para atribuir responsabilidad estatal debido a la infracción de obligaciones internacionales de protección, prevención y represión de actos lesivos para bienes e intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico internacional. La diligencia debida, en este caso, opera en un doble sentido: a) por los denominados “hechos de Estado”, es decir, por actos emanados del poder público y agentes estatales²³; b) por actos de agentes no estatales en los que el Estado no hubiera impulsado medidas de prevención, investigación o resarcimiento con ocasión del hecho lesivo o dañoso de un tercero²⁴.

En este sentido, ha tenido la oportunidad de pronunciarse tanto la CIDH como el TEDH. El primero de ellos fue pionero en determinar bajo el parámetro de la diligencia debida la responsabilidad internacional de un Estado por actos de agentes no estatales en el asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras* en 1988 con causa en la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones para la prevención de violaciones de derechos

²³ LOZANO CONTRERAS, J.F. *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, op. cit., págs. 70-99

²⁴ GÓMEZ RESTREPO, A., HERRERA TOVAR, D.F., “La debida diligencia judicial y la protección de los derechos humanos de las mujeres en contextos de violencia”, en Revista *Iustitua*, núm. 16, 2018, pág. 89.

humanos²⁵, y desde entonces lo ha reafirmado constantemente²⁶ con un desarrollo jurisprudencial que asocia los deberes de investigación y sanción de violaciones de derechos humanos a la protección de derechos individuales como la vida²⁷, la integridad física o el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas²⁸. Por su parte, el TEDH también se ha pronunciado en la misma, es decir, ha asentado su jurisprudencia disociando las obligaciones estatales en un *deber de abstención*, que obliga a las autoridades y órganos estatales a no vulnerar los derechos reconocidos en el CEDH, y un *deber de protección* que obliga a prevenir, perseguir y reprimir este tipo de conductas²⁹.

Otro aspecto de calado que debe mencionarse desde el punto de vista propuesto en este trabajo, es lo que se ha denominado “fertilización cruzada jurisprudencial”³⁰ y que consiste en un método por el que ambos órganos jurisdiccionales apoyan y retroalimentan su doctrina en los pronunciamientos del otro. Esto propicia que pueda hablarse de la construcción de *una teoría de los derechos humanos planetaria*, cuya validez es extensible a los hechos sucedidos en Centroamérica, en el continente europeo o en el asiático. No obstante, pese a que la CIDH también ha refrendado sus decisiones acudiendo a las del TEDH³¹, se coincide con LOZANO CONTRENAS³² cuando señala que la CIDH ha demostrado un mejor manejo de las fuentes que sostienen los deberes de prevención y represión impuestos por la diligencia debida, y que también se ha reflejado en el ámbito de la violencia de género, no solo por la existencia de una legislación mucho más detallada en el desarrollo del contenido de la debida diligencia, sino por una mejor

²⁵ DE LEÓN, G., KRSTICEVIC, V., OBANDO, L., *Debida diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, CEJIL, Argentina, 2010, pág. 2. Este caso fue sometido a la CIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en abril de 1896 tras la interposición de una denuncia contra el Estado de Honduras por la desaparición y asesinato de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez a manos de miembros de la Dirección Nacional de Investigación e Inteligencia de las fuerzas armadas hondureñas.

²⁶ Vid., SCIDH *Juan Humberto Sánchez c. Honduras; o Bulacio c. Argentina* de 18 de septiembre de 2003.

²⁷ SCIDH *Ximenes Lopez c. Brasil*, de 4 de julio de 2006; *Comunidad Indígena Swahytamaxa c. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006; *Caso Masacre Pueblo Bello c. Colombia*, de 31 de enero de 2006.

²⁸ SCIDH *Caso de la Masacre de la Rochela c. Colombia*, de 11 de mayo de 2007.

²⁹ Así se hizo por primera vez en el asunto *Osman c. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1988. Aunque la sentencia resultó absolutoria para el Estado, el TEDH admitió que las obligaciones de prevención y presión estaban implícitamente contempladas en el Convenio y que su incumplimiento estaba sometido a la posible declaración de responsabilidad del Estado. Posteriormente, en el asunto *Mahmut Haya c. Turquía* de 28 de marzo de 2000, el TEDH, en aplicación de lo que ya venía indicando, condenó al Estado de Turquía por no hacer lo que razonablemente se esperaba para prevenir el secuestro, tortura y asesinato de Hasan Kaya y no investigar adecuadamente los hechos. En similar sentido, se pronunció en el asunto *Akkoc c. Turquía*, de 10 de octubre de 2000. Para más detalle, léase LOZANO CONTRERAS, José Fernando, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, op. cit., págs. 242-250.

³⁰ Ampliamente, MACULAN, E., “La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acuerdos y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana”, en GIL GIL, A., (Dir.), MACULAN, E., (Coord.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 69-144.

³¹ Entre otros, en el asunto *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia* ya indicado.

³² Cfr., LOZANO CONTRERAS, J.F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, op. cit., págs. 258.

integración de la perspectiva de género. Mientras que el TEDH afrontó la violencia contra la mujer de un modo individualizado, sin tener en consideración los factores socioculturales que propician y sistematizan esta clase de violencia, hasta la STEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009, la CIDH ya avanzó en esta línea en su sentencia de 25 de noviembre de 2006 en el caso *Miguel Castro Castro c. Perú*³³, aunque ya con anterioridad, en el año 2001, había emitido un informe relativo al caso *María da Penha Maia Fernandes* en el que reconocía que las mujeres sufrían una especial discriminación por parte de los sistemas institucionales y judiciales precisamente por no ser capaces de adecuar su actuación a la especificidad del fenómeno³⁴.

La utilidad de este criterio en la valoración del grado de responsabilidad de los Estados en supuestos de violación de derechos humanos invita a extrapolarlo a todos aquellos asuntos en que los hechos respondan a situaciones de violencia contra la mujer. Esta conclusión se alcanza, como no puede ser de otro modo, después de que todos los organismos internacionales —ONU, OIE, Consejo Europeo, Unión Europea— y su acervo normativo hayan entendido que la violencia contra la mujer es uno de los mayores atentados contra los derechos humanos en la actualidad. La conclusión de que esta modalidad de violencia no es más que una tipología de todas las que se subsumen dentro de la amplia esfera de los derechos humanos ha obligado a que sea este y no otro el criterio de valoración utilizado para medir la responsabilidad en la que los Estados pueden incurrir en los casos de atención deficiente o negligente en violencia de género³⁵, y así se aplica por parte de la CEDAW, el CIDH, el TEDH y los organismos jurisdiccionales nacionales, como los españoles. A mayor abundamiento, no solo bastará con la diligencia debida en el sentido más tradicional, sino que será necesaria la exigencia de un deber *reforzado* de diligencia debida para el Estado con la incorporación de la perspectiva de género al enjuiciamiento.

3.2. La diligencia debida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En efecto, como se decía con anterioridad, la contribución de la CIDH a la construcción del estándar de diligencia debida en derechos humanos es muy sustanciosa. Y así lo ha mantenido cuando se ha tratado de proteger los derechos humanos de las mujeres en contextos de violencia. Se ha visto ya cómo este órgano fue pionero en el uso de la debida

³³ Sin embargo, tampoco se ha sustraído a las críticas que objetan a la Corte que haya tardado más de 20 años desde la aprobación del Convenio de Belém do Pará en incorporar al enjuiciamiento la perspectiva de género que ahí se contiene. En este sentido, es crítico, VOLGELFANGER, A.D., «El deber de prevención en casos de violencia de género: desde “Campo Algodonero” hasta “Veliz Franco”», en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, pág. 52.

³⁴ CIDH, Informe Núm. 54/01, caso 12.051, *María da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, de 16 de abril de 2001. Posteriormente lo ha venido manteniendo, en casos como los sustanciados en las sentencias *Fernández Ortega y otros c. México*, de 30 de agosto de 2010 o *Rosendo Cantú y otra c. México*, de 31 de agosto de 2010.

³⁵ En el mismo sentido, CASTRO-RIAL GARRONE, F., “Los derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes”, en BLANC ALTEMIR, A. (Dir.), VV.AA., *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 313.

diligencia como parámetro de medición de la responsabilidad estatal por la falta de prevención en la violación de derechos humanos –SCIDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julio de 1988–, así como en la incorporación de la perspectiva de género al estudio, análisis y enjuiciamiento de casos de violencia sistémica contra la mujer –SCIDH *Miguel Castro Castro c. Perú*, de 25 de noviembre de 2006. No obstante, en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad del Estado por actos de terceros y deber de prevención no fue hasta el año 2009, en el caso Campo Algodonero, que no combinó ambos aspectos en la valoración de un mismo asunto³⁶.

Con la sentencia *González y otras c. México* ('Caso Algadonero'), de 16 de noviembre de 2009, la CIDH determinó por primera vez la responsabilidad de un Estado, México, por la infracción del deber de prevención e investigación que exigía la diligencia debida en un supuesto de violencia sexual de género. Las instituciones mexicanas, después de recibir la denuncia de la desaparición de tres jóvenes, no llevaron a cabo actuación alguna bajo la creencia de que se habían marchado voluntariamente con un hombre. Lo más llamativo de esta sentencia es que incorpora en el enjuiciamiento la perspectiva de género al reprochar que la decisión de las autoridades formaba parte de los estereotipos sociales del género e infiere que en estos casos se está en presencia de una obligación *reforzada* de diligencia debida precisamente por las exigencias que desprende el Convenio de Belém do Pará³⁷. Es decir, y ahí se halla el objeto central de la discusión, es la perspectiva de género la que eleva las exigencias formales y materiales de la diligencia debida tradicional que se aplicaba en materia de derechos humanos, pues, como dice la sentencia, “en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará” (párr. 258).

Esta sentencia delimita el contenido de la diligencia debida reforzada en violencia de género al considerar que el Estado tiene una obligación *ex ante* que debe desenvolverse en el campo de la acción legislativa y una *ex post* que se materializa en las labores de investigación, persecución y reparación que se derive de los hechos que, en su caso, acontezcan. En este sentido, continúa matizando la CIDH, la responsabilidad del Estado por actos de agentes no estatales no es ilimitado, sino que se ha de definir en función del conocimiento del riesgo real o inmediato para las víctimas³⁸, pues es del único modo en

³⁶ Sobre esta confluencia CALDERÓN CAMBOA, J., RECINOS, J.D., “La perspectiva de género en casos de violencia sexual en conflicto armado: aportes de las Sentencias de la Corte IDH en los casos Las Masacres de las dos Erres Vs. Guatemala y Espinoza González Vs. Perú”, en PARRA VERA et al. (Eds.), *La lucha por los Derechos Humanos hoy. Estudios en homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 405-434.

³⁷ *Vid.*, el análisis sobre la dimensión histórica y social de la violencia contra la mujer en el marco del deber de prevención que se hace en MARTÍNEZ VARGAS, J.R., VEGA BARBOSA, G., «La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género», en *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2019, págs. 344-348.

³⁸ SCIDH, *González y otras c. México*, de 16 de noviembre de 2009 (Párr. 282); En opinión de MARTÍNEZ VARGAS y VEGA BARBOSA la denuncia surge como el factor que determina la concreción de los deberes de prevención del Estado, de tal manera que permite exigirle una actuación particular de protección

que se concretizan los deberes de diligencia debida que el Estado está llamado a integrar. Desde este momento, la responsabilidad del Estado puede apreciarse, en primer lugar, por una *ausencia de política de igualdad de género*, en los casos de falta de adopción de un marco jurídico de protección adecuado, con medidas concretas de prevención que aglutinen el reconocimiento del género como un factor de victimización con connotaciones propias; y en segundo lugar, por la *falta de respuesta institucional* por parte de las autoridades estatales en la protección de las víctimas, investigación de los hechos, así como en el acceso a la justicia o la reparación adecuada. En relación con este segundo ámbito de responsabilidad, la SCIDH *Veliz Franco y otros c. Guatemala*, de 19 de mayo de 2014, analiza la posible vinculación causal que, de algún modo, puede darse entre el incumplimiento de las autoridades estatales en el establecimiento de medidas de prevención e investigación efectiva de una denuncia por desaparición y el posterior resultado de muerte. La Corte llega a la conclusión de que el Estado de Guatemala fue responsable en la infracción de los deberes de diligencia debida al no actuar cuando recibió la denuncia de la desaparición, y reprocha a las autoridades guatemaltecas que de haber llevado a cabo una investigación eficiente se hubiese contribuido a disminuir el riesgo de muerte. De hecho, apostilla, que la ausencia de investigación vedaba cualquier posibilidad de saber si la víctima estaba muerta en el momento de la denuncia. Caso parecido sucede en el *caso Velázquez Paiz y otros c. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 2015, en el que la CIDH vincula la falta de implementación de las medidas necesarias requeridas por el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 7 del Convenio de Belém do Pará a la imposibilidad de prevenir e investigar adecuadamente unos hechos que se insertan en un contexto de violencia contra la mujer.

En todos estos casos, y en sucesivos, la CIDH ha “sancionado” a los Estados a la formación y capacitación material a sus funcionarios en la materia, así como a crear o adecuar sus protocolos a los estándares internacionales en esta clase de violencia. Especialmente significativa ha sido la condena a los Estados consistente en el deber de diseñar programas educativos dirigidos a la erradicación de los estereotipos y la violencia de género³⁹.

3.3. La diligencia debida en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La aportación europea, en su mayoría, ha venido de la mano del TEDH. Sin embargo, tradicionalmente se le ha objetado ser en su jurisprudencia un órgano ciertamente reticente a la hora de impulsar los derechos a la igualdad y a la no discriminación por

como medida de prevención (“La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género”, op. cit., pág. 352).

³⁹ CALDERÓN CAMBOA, J., RECINOS, J.D., “La perspectiva de género en casos de violencia sexual en conflicto armado: aportes de las Sentencias de la Corte IDH en los casos Las Masacres de las dos Erres Vs. Guatemala y Espinoza González Vs. Perú”, op. cit., págs. 405-434.

razón de género. Sin embargo, se coincide con CARMONA CUENCA⁴⁰ cuando señala que en los últimos años se ha asistido a una evolución encomiable en favor del análisis de la actuación de los Estados como entes generadores de violencia o discriminación directa e indirecta, así como de la incorporación de la diligencia debida en la implementación de medidas de acción positiva para combatir la violencia de género. En definitiva, se valora positivamente su creciente compromiso y preocupación con el derecho humano a la igualdad de género y la no discriminación.

Las vacilaciones jurisprudenciales del TEDH en violencia de género y doméstica traen causa en la ausencia de perspectiva de género hasta la sentencia *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009⁴¹. En efecto, hasta esta sentencia el TEDH había afrontado la violencia contra la mujer de un modo individualizado y no como un problema social de corte internacional, sin tener en consideración los factores socioculturales que propician y perpetúan esta clase de violencia⁴². Hasta ese momento los asuntos sometidos a su conocimiento relativos a violencia doméstica o de género habían sido vistos desde el estricto desvalor del resultado, esto es, desde el contenido del derecho a la vida (art. 2 CEDH) o la integridad física y moral (art. 3 CEDH), sin relacionar estos dos con el derecho antidiscriminatorio (art. 14 CEDH)⁴³.

Sin embargo, con el logro de incorporar el art. 14 del CEDH a la casuística del género se consigue enjuiciar la responsabilidad de los Estados de un modo bifronte: en primer lugar, desde la demanda histórica del estricto respeto a los derechos y libertades consagradas en el texto, esto es, a no generar discriminaciones directas o indirectas ya sea a través de su normativa o de sus operadores institucionales y estatales; y, en segundo lugar, y he aquí la novedad, desde las exigencias a la acción positiva a la que están obligados. De este modo, los Estados no solo asumen un deber de abstención ante toda posible clase de injerencia, sino que están obligados a poner en funcionamiento sistemas efectivos de protección a las víctimas y de prevención y persecución del delito, lo que requiere un esfuerzo reforzado precisamente por la representación de la mujer como parte de un colectivo históricamente discriminado⁴⁴. A colación de esto último, y aunque el art. 4 de

⁴⁰ Vid., CARMONA CUENCA, E., “La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, pág. 298.

⁴¹ Esta sentencia tiene el mérito de entroncar la violencia de género bajo el paraguas de los derechos humanos, así como insiste en las obligaciones de los Estados de diseñar medidas de protección para las víctimas. Se analiza pormenorizadamente en LÓPEZ-JAICOSTE DÍAZ, E., “Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXV, 2009, págs. 383-411.

⁴² Cfr., CARMONA CUENCA, E., “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género”, en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, págs. 324-328.

⁴³ En este sentido, SSTEDEH Kontrová c. Eslovaquia, de 31 de mayo de 2007; Branko Tomasic c. Croacia, de 15 de enero de 2009.

⁴⁴ En el mismo sentido, LÓPEZ-JAICOSTE DÍAZ, E., “Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos”, op. cit., págs. 384-389.

la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993 ya mencionaba en su apartado c) que con el fin de eliminar la violencia contra la mujer debían “*proceder con la diligencia debida a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación, nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer [...]*”, hay que señalar la gran contribución del TEDH, iniciada en la sentencia *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009, en el desarrollo y estandarización de dicho deber, y que posteriormente se ha reflejado en la regulación del Convenio de Estambul.

El deber de diligencia que recae sobre los Estados busca eliminar cualquier resquicio de pasividad, omisión o negligencia en las labores de prevención y protección (SSTEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009; *M.G. c. Turquía*, de 22 de marzo de 2016), incluidas las labores de investigación judicial y policial (STEDH *Talpis c. Italia* de 2 de marzo de 2017). Deber que, como reseña la Sentencia del TEDH en el asunto *Talpis c. Italia*, es exigible más allá de toda duda al haber quedado normativizado en el art. 5 del Convenio de Estambul bajo el título “*Obligaciones del Estado y diligencia debida*”⁴⁵. Esta senda argumentativa ha servido al TEDH para condenar a Rusia (STEDH, *Volodina c. Russia*, de 9 de julio de 2019) tanto por una inadecuada protección a una víctima de violencia doméstica, como por la ausencia de un concepto que defina la violencia doméstica y que reconozca el carácter sistémico de esta clase violencia sufrida, con connotaciones propias, por las mujeres. Hay que resaltar que hasta este momento no se había emitido una sentencia que con tanta rotundidad considere una conculcación de los derechos humanos la ausencia en una legislación nacional de un concepto específico y adecuado de violencia de género.

Finalmente, es muy interesante la reciente sentencia de la Gran Sala del TEDH (STEDH *Kurt c. Austria*, de 15 de junio de 2021), que en un caso de violencia vicaria —asesinato— ha entrado a analizar el alcance de las obligaciones estatales en la evaluación integral del riesgo. El asunto del que trae causa el pronunciamiento del TEDH es la desestimación de la demanda por responsabilidad estatal en una inadecuada valoración del riesgo y la insuficiencia de la orden de protección para evitar el resultado muerte finalmente acaecido. La demandante, madre del hijo asesinado, alegaba que la justicia tuvo más que suficientes indicios para llegar a la conclusión de que el resultado de muerte era previsible y que justificaba la disposición de medidas cautelares como la prisión preventiva para evitar el asesinato. Se sostenía en la demanda ante el TEDH la vulneración por parte de las autoridades nacionales del art. 2 del CEDH que mandataba positivamente a proteger la vida de sus hijos y la suya propia. Pese a que en el expediente obraban amenazas textuales del tipo “*mataré a nuestros hijos frente a ti*” y la acreditación clínica de agresiones físicas a los menores, así como físicas y sexuales a la demandante, se consideró

⁴⁵ Artículo 5 – Obligaciones del Estado y diligencia debida: “1. Las Partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta legislación. 2. Las partes tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de la aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”.

suficiente el dictado de una orden de alejamiento. Esto no impidió que el padre fuese al encuentro del hijo al colegio y lo ejecutara con un disparo en la cabeza. Después de haber cumplido su amenaza, el padre se suicidó. Esta sentencia, dictada tan solo días después de que España haya quedado commocionada por el asesinato de dos niños en Tenerife a manos de su padre, pone de manifiesto la necesidad de atender integralmente al fenómeno de la violencia contra la mujer, y que, por supuesto, se extiende a la violencia ejercida contra los hijos con la finalidad de hacer daño a la madre, como bien menciona la sentencia al examinar el contenido del Convenio de Estambul (párr. 75 y ss.) y el informe del GREVIO (párr. 87 y ss.). En la sentencia se pone claramente de manifiesto que las autoridades austriacas no observaron en el padre una personalidad capaz de llevar a cabo hechos tan graves como el asesinato del menor. El TEDH, aunque considera que en el caso no hubo retrasos o inactividad de las autoridades y que se cumplieron formalmente las obligaciones estatales con la concesión de la orden de alejamiento, reprocha al estado la falta de diligencia en la evaluación del riesgo y, en concreto, que no se hubiese concedido credibilidad a las amenazas de muerte cuando era más que perceptible la existencia de un riesgo real e inminente para la vida del menor (párr. 203 - 206). No obstante, entiende el voto mayoritario que las autoridades austriacas han cumplido sustantivamente las obligaciones positivas que des prende el art. 2 CEDH y que, por tanto, no puede declararse su violación. El voto particular, por su parte, rechaza la desestimación y aboga por declarar la falta de diligencia debida porque las medidas adoptadas no fueron adecuadas –como la ausencia de medidas en el colegio de los niños– cuando existían razones objetivas más que suficientes para la previsibilidad del resultado.

3.4. Recepción española

En los últimos tiempos se observa una tendencia favorable en el ámbito de la determinación de la responsabilidad del Estado español por actuaciones negligentes de sus agentes institucionales, policiales o judiciales en situaciones de violencia contra la mujer, para lo que se trae a colación todo el constructo teórico internacional de los derechos humanos del género. Esta evolución positiva no solo se percibe en la esfera judicial, sino que algunas de las reformas que en la actualidad se discuten inciden en mejorar estos aspectos, muchos de los cuales hasta ahora mostraban importantes deficiencias en su configuración, como fue advertido, entre otros organismos, por el Comité de la CEDAW⁴⁶, que reprochó a España su regulación del concepto de violencia de género, al circunscribirlo al ámbito de la pareja y la familia, dejando fuera otras manifestaciones de esa misma clase de violencia, pero que se reproducen por autores desconocidos o con los que se mantienen vínculos distintos a los de parentesco o afectividad. Esta crítica, en puridad, conecta con las más tradicionales⁴⁷ a la LOMPIVG, lo que pone de relieve que hasta este momento el legislador no se había esforzado en

⁴⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, CEDAW/C/ESP/CO/7-8 de 29 de julio de 2017, párr. 20,

⁴⁷ En este sentido, MAQUEDA ABREU, M.L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 2006, págs. 4 y ss.

corregirlos. No obstante, ya se dijo que estos defectos han comenzado a recibir respuesta por el Pacto de Estado Español contra la violencia de género firmado en 2017, cuyas propuestas 84, 85 y 86⁴⁸ preconizan una posible ampliación del concepto de violencia contra las mujeres en sintonía con el contenido del Convenio de Estambul y el derecho internacional humanitario. Empero se ha echado en falta la incorporación, precisamente, de medidas encaminadas a reforzar la diligencia debida en violencia de género. En esta línea, la representante de Amnistía Internacional, en su comparecencia ante la Subcomisión del Pacto de Estado el 9 de mayo de 2019, advirtió de la trascendencia de estas omisiones normativas, así como de la ausencia de referencias legales en el ámbito de la reparación.

Con mayor optimismo se asiste a la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual presentado por el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España el pasado marzo de 2020 y que ya ha empezado su tramitación en sede parlamentaria. Este proyecto reconoce la violencia sexual como una de las múltiples caras de una violencia de género poliédrica⁴⁹. Son muchos los cambios que propone el texto, pero al efecto de esta exposición resulta muy novedosa la positivación expresa de la diligencia debida frente a la violencia contra la mujer. La Exposición de Motivos apoya la justificación de esta medida precisamente en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España⁵⁰.

El art. 2.2 del proyecto de ley orgánica establece que uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos es el de “diligencia debida”, para lo que “*la respuesta ante las violencias sexuales se extenderá a todas las esferas de la responsabilidad institucional tales como la prevención, protección, asistencia, reparación a las víctimas y promoción de la justicia, y estará encaminada a garantizar el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos*”. En definitiva, la necesidad de abordar el fenómeno de la violencia sexual desde la óptica que en este proyecto se procura supone en sí mismo

⁴⁸ Pueden verse las propuestas 84, 85 y 86 del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 8 de agosto de 2017, núm. 200, o en el documento refundido del Ministerio de Igualdad.

Disponible en: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/igualdad/ficheros/PactodeEstado.pdf>

⁴⁹ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., “La visibilización de la violencia sexual como una modalidad de violencia de género”, en BUSTOS RUBIO, M., ABADÍAS SELMA, A. (Dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años en el Código Penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, 2020, págs. 341-355.

⁵⁰ “Esta ley orgánica pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales integrándose también en la política exterior española, y siguiendo el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas. Para ello, esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales. Además, como novedad, se desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia”.

el cumplimiento de uno de los deberes de diligencia debida que España ha contraído en su compromiso con los derechos humanos. Así lo tiene asentado el TEDH cuando en el asunto *MC c. Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003, determinó la obligación de los Estados de tipificar e investigar adecuadamente la violencia sexual en el sentido que ahora se propone.

Se comienza así a incluir en las nuevas propuestas de reforma las exigencias internacionales más tradicionales en materia de derechos humanos; avances legislativos que coinciden con el reconocimiento que ya han incorporado paulatinamente los Tribunales españoles en su doctrina. En este sentido, resultan de interés algunos recientes pronunciamientos en los que cristaliza la recepción de la diligencia debida en nuestro país. La primera resolución que hay que mencionar es la STC 87/2020, de 20 de julio, en la que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha fallado a favor de considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de una víctima de violencia de género por una deficiente investigación en el curso de un proceso penal por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Madrid y que desembocó en un sobreseimiento provisional prematuro. Esta sentencia es muy reveladora porque aborda un extremo procesal sobre el que hasta ahora no había jurisprudencia constitucional —y explica la superación del filtro de la especial trascendencia constitucional— como es la necesidad de establecer un deber de diligencia debida *reforzada* en la investigación judicial y en la motivación de las resoluciones judiciales que recaigan en procedimientos relacionados con violencia de género. Lo más llamativo de esta sentencia es que el TC, para fundamentar su postura, acoge todo el conglomerado jurídico de los derechos humanos del género —tanto de orden internacional como europeo— y con ese proceso de integración normativa lleva a cabo el estudio del caso. Desde su entendimiento de que la “*erradicación [de la violencia de género] desencadena obligaciones positivas para los Estados, que deben tomar las medidas necesarias para proveer una protección efectiva de quienes sufren violencia basada en su género, incluyendo sanciones penales, remedios civiles y provisiones compensatorias para su protección frente a todo tipo de violencia*”, el TC señala que no se agota el compromiso de los Estados con la implementación y supervisión de esos instrumentos, sino que también se exige una actuación reforzadamente diligente en las tareas de investigación de los hechos, persecución de los autores y protección a las víctimas. De esta forma considera que esas exigencias son extensibles a los agentes —judiciales, policiales, asistenciales, etc.— y los organismos del Estado, cuya actuación ha de ser especialmente cuidadosa en violencia de género precisamente por tratarse de una cuestión que compromete la pervivencia de los propios derechos humanos.

Por su parte, la STS, Sala Cuarta, 1263/2018, de 17 de julio, condena al Ministerio de Justicia del Gobierno de España como administración pública patrimonialmente responsable del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por el incumplimiento de la resolución emitida por el Dictamen del Comité de la CEDAW⁵¹. En

⁵¹ Muy detalladamente, HERNÁNDEZ LLINÁS, L., “Hijos e hijas de la mujer maltratada como víctimas de la violencia de género: el caso González Carreño contra España y la STS 1263/2018”, en DEL POZO

esta sentencia el Tribunal Supremo (en adelante, TS) casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 que desestimaba la pretensión de la víctima de hacer efectivo el Dictamen de la ONU que daba por acreditada la vulneración de sus derechos al no haber sido debidamente restituida después del asesinato de su hija a manos del marido de aquella y padre de esta. El hecho se perpetró como consecuencia de la falta de diligencia debida por parte de las autoridades españolas en un contexto de violencia doméstica prolongado en el tiempo. Esta sentencia tiene la virtualidad de poner a disposición de las víctimas un canal *extra legem* por la que hacer efectiva las resoluciones del organismo supremo de la CEDAW. La Audiencia Nacional basa su rechazo, fundamentalmente, en la ausencia de un procedimiento que posibilite la eficacia ejecutiva de los dictámenes de la CEDAW. El TS reprocha esta argumentación y hace válida toda la normativa internacional en materia de violencia contra la mujer por ser, en definitiva, una violación de derechos humanos y que, en consonancia, dice el Tribunal, “*La conculcación de [los] derechos humanos, también puede constituir una lesión de [los] derechos fundamentales que debe ser examinada y en su caso reparada por los Jueces y Tribunales españoles*”. El TS avala lo que ya se apuntaba y es que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España y los dictámenes y resoluciones dimanantes de los órganos creados por estos tienen plena eficacia y vinculan directamente al ordenamiento jurídico interno; y no solo eso, sino que además prevalece respecto a aquellas otras normas que omitan o incumplan las obligaciones derivadas de aquellos⁵². Concluye el Supremo señalando que habida cuenta de la delicada materia de que se trata no puede perpetuarse una violación de derechos humanos y derechos fundamentales bajo el inane argumento de la ausencia de cauces procedimentales tendentes a lograr su eficacia –lo que ya supone una grave infracción del Estado español de la diligencia debida en violencia de género– y que, en consecuencia, la declaración de la CEDAW se instituye como título bastante para completar las exigencias de una declaración patrimonial del Estado por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En otro orden de cosas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2020 (núm. Recurso 2187/2019) condena al Ministerio del Interior como órgano administrativo patrimonialmente responsable del error cometido por la Guardia Civil en la valoración del riesgo de una víctima de violencia de género que motivó la denegación de la orden de protección y que resultó un factor decisivo en el asesinato un mes después de la interposición de la denuncia. La víctima, dominicana, madre de dos hijos pequeños y sin alternativa socioeconómica ni familiares, interpuso denuncia después de haber soportado vejaciones, amenazas de muerte, agresiones físicas y verbales y violaciones de modo continuado. Presentaba parte de facultativo de lesiones y solicitó una orden de protección, que fue denegada judicialmente

PÉREZ, M. (Dir.), BUJOSA VADELL, L. (Dir.), GONZÁLEZ MONJE, A. (Coord.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares*, Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 171 y ss.

⁵² GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de los comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10-2, págs. 836 y ss.

después de que la Guardia Civil valorara el riesgo como “*no apreciado*”. La Audiencia Nacional, que conocía del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución que desestimaba la reclamación en vía administrativa por el funcionamiento anormal de la Guardia Civil, consideró que, en efecto, una adecuada valoración de la situación de violencia habría motivado la prestación de una orden de protección que con una alta probabilidad hubiese evitado el resultado de muerte, observando una relación de causalidad entre la actuación negligente de la Guardia Civil y la consumación del asesinato por parte de su autor. Reprocha la Audiencia Nacional a la Guardia Civil la falta de sensibilidad y, especialmente, la errada decisión después de tener a su alcance información objetiva suficiente, dice la sentencia, para que el “*riesgo hubiera sido, no ya «medio», sino «alto» o «extremo»*”⁵³. Finaliza la Audiencia Nacional asegurando que la Guardia Civil ha incumplido sus propios protocolos que reclaman tener en cuenta una serie de factores referidos a las particularidades de esta clase de violencia⁵⁴, lo que “*resulta tanto más grave considerando una muy preocupante realidad que, fruto de la alarma social que provoca y el firme compromiso de la sociedad para combatir la lacra de la violencia de género, reclama una particular diligencia de todos los operadores involucrados*”.

4. REFLEXIONES FINALES

En el ampliamente divulgado *Feminismo para principiantes*, VALERA afirma que “Transformar el concepto de derechos humanos desde una perspectiva feminista pasa por una afirmación tan obvia como utópica: los derechos de las mujeres son derechos humanos”⁵⁵. Y es que, en efecto, la incorporación del carácter “reforzado” a la tradicional diligencia debida que se exige en todo aquello que afecte a derechos humanos es el resultado de la integración de la perspectiva de género, es decir, de la aceptación de la especial vulnerabilidad de este sector de la población por razones que escapan a su control, y esa potencial exposición a la lesión de sus derechos necesita de medidas especiales y de una atención reforzada y cuidada por parte de las instituciones.

Esto ha llegado como una exigencia normativa proveniente de instancias internacionales como la CEDAW⁵⁶, a la que posteriormente se le han agregado organismos como la OIE,

⁵³ Crítico con la falta de formación, capacitación y sensibilización de las unidades de policía y guardia civil VÁZQUEZ SALGADO, Inspector-Jefe de la Brigada de Policía Judicial de Santiago de Compostela (“Protocolos de actuación policial ante la violencia de género”, en CASTILLEJO MANZANARES, T. (Dir.), CATALINA BENAVENTE, M.A. (Coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2011, pág. 206.

⁵⁴ Así, entre otros, Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

⁵⁵ VALERA, N., *Feminismo para principiantes*, op. cit., pág. 252.

⁵⁶ La Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer ya obligaba a los Estados en su art. 4.c) a proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se tratar de actor perpetrados por el Estado o por particulares. En concreto, la Recomendación General núm. 19 y 28 advirtió de la posibilidad de atribuir responsabilidad a los Estados en caso de omitir la adopción de medidas con diligencia debida para impedir, investigar, castigar y reparar la violencia contra la mujer.

la CIDH, el Consejo de Europa y el TEDH. El que haya pasado a ser una obligación jurídica con trascendencia internacional trae causa en la desconfianza generada tras años de tratamiento sesgado y sin tener en consideración los roles sociales y culturales que abocan a las mujeres a sufrir episodios de violencia para, posteriormente, pasar por la violencia institucional⁵⁷. Afortunadamente, este estudio ha puesto de manifiesto que algunas de esas deficiencias han sido detectadas y se han puesto en marcha las medidas necesarias para su subsanación. No obstante, aún falta mucho por hacer, especialmente en la fase de ejecución de las resoluciones que determinan la responsabilidad de los Estados o de las Administraciones Públicas, como bien se ha podido ver con las emitidas por la CEDAW o el TEDH. Una normativa que su estricto carácter vinculante y obligatorio no va acompañado de un mecanismo de garantía de dicho cumplimiento difumina su contenido hasta diluirse, por lo que es en ese ámbito dónde han de concentrarse los esfuerzos.

La obligatoriedad en la ejecución de las sentencias del TEDH asumida por Tribunal Constitucional junto con la vinculación a las resoluciones de la CEDAW a la que aludía el Tribunal Supremo son muy esperanzadoras. En esta línea se puede caminar hacia el reforzamiento de lo que debe ser un sistema a la vanguardia del *checks and balances* en materia de derechos humanos. En definitiva, avanzar hacia lo que ya CARMONA CUENTA⁵⁸ preconizaba como un auténtico *Ius Publicum Europeum* en materia de derechos y libertades, para lo que a su vez puede resultar muy útil la fertilización cruzada jurisprudencial con la CIDH⁵⁹.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Reus, Madrid, 2006.

- “Aspectos penales del Pacto de Estado español contra la violencia de género”, en Rivista di Diritto penale contemporaneo, núm. 1, 2018.
- Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales, Reus, Madrid, 2019.

⁵⁷ Esto de la violencia institucional por un inadecuado tratamiento de la violencia de género sucede hoy en día con el reconocimiento de derechos procesales a las víctimas, como la dispensa del deber de declarar. En este sentido, se ha discutido mucho sobre el alcance de la revictimización que en el proceso puede darse. Me detengo en la cuestión en DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., “A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 23, 2020, págs. 45-66.

⁵⁸ CARMONA CUENCA, E., “La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., pág. 299.

⁵⁹ Vid., MACULAN, Elena, “La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acordes y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana”, en op. cit., Dykinson, Madrid, 2013, págs. 69-144

- “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género”, en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), PARRILLA VERGARA, J., (Coord.), *Mujeres y Derecho: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch editor, Barcelona, 2020.
- “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., PAREDES CASTAÑÓN, J.M., OLAIZOLA NOGALES, I., TRAPERO BARREALES, M.A., ROSO CAÑADILLAS, Raquel, LOMBANA VILLALBA, J.A., (Dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020.
- “La visibilización de la violencia sexual como una modalidad de violencia de género”, en BUSTOS RUBIO, M., ABADÍAS SELMA, A. (Dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años en el Código Penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, 2020.

CALDERÓN CAMBOA, J., RECINOS, J.D., “La perspectiva de género en casos de violencia sexual en conflicto armado: aportes de las Sentencias de la Corte IDH en los casos Las Masacres de las dos Erres Vs. Guatemala y Espinoza González Vs. Perú”, en PARRA VERA et al. (Eds.), *La lucha por los Derechos Humanos hoy. Estudios en homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CARMONA CUENCA, E., “La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015.

- “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género”, en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.

CÁSTOR VÁZQUEZ SALGADO, J., “Protocolos de actuación policial ante la violencia de género”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), CATALINA BENAVENTE, M.A. (Coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2011.

DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., “A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 23, 2020.

- “La intervención estatal en la erradicación de la violencia contra las mujeres como un compromiso con los Derechos Humanos: el caso de España”, en Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, núm. Especial 7, 2021.

DE LEÓN, Guisela, KRSTICEVIC, V., OBANDO, L., Debida diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos, CEJIL, Argentina, 2010.

EDWARDS, A., Violence against women under International Human Rights Law, Cambridge University Press, 2011.

FERNÁNDEZ, E., Igualdad y Derechos Humanos, Tecnos, M., 2003.

GIL RUIZ, J.M. (Dir.), VV.AA., El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminación, Dykinson, Madrid, 2018.

GÓMEZ RESTREPO, A., HERRERA TOVAR, D.F., “La debida diligencia judicial y la protección de los derechos humanos de las mujeres en contextos de violencia”, en Revista Iustitua, núm. 16, 2018.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de los comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2018, vol. 10-2.

HERNÁNDEZ LLINÁS, L., “Hijos e hijas de la mujer maltratada como víctimas de la violencia de género: el caso González Carreño contra España y la STS 1263/2018”, en DEL POZO PÉREZ, M. (Dir.), BUJOSA VADELL, L. (Dir.), GONZÁLEZ MONJE, A. (Coord.), Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares, Aranzadi, Navarra, 2019.

LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código penal de 1995”, en Revista de Estudios Penales y Criminológicos, XIX, 1996.

- “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en Revista de Jueces para la Democracia, núm. 34, 1999.

LÓPEZ-JAICOSTE DÍAZ, E., “Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Anuario Español de Derecho Internacional, vol. XXV, 2009.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género”, en Femeris, vol. 4, núm. 2, 2019.

LOZANO CONTRETAS, J.F., La noción de debida diligencia en Derecho internacional público, Atelier, Barcelona, 2007.

MACULAN, E., “La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acuerdos y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana”, en GIL GIL, >., (Dir.), MACULAN, E., (Coord.), Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales, Dykinson, Madrid, 2013.

MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Tecnos, Madrid, 2015.

MAQUEDA ABREU, M.L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 08-02, 2006.

MARTÍNEZ VARGAS, J.R., VEGA BARBOSA, G., “La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género”, en Revista Ius et Praxis, núm. 2, 2019.

MESTRE CHUST, J.V., Los derechos humanos, UOC, Barcelona, 2007.

VALERA, N., Feminismo para principiantes, Penguin Random, Barcelona, 2019.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), El estatuto de las víctimas de delitos: comentario a la Ley 4/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VOLGELFANGER, A.D., “El deber de prevención en casos de violencia de género: desde «Campo Algodonero» hasta «Veliz Franco»”, en Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016.

Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil*

Proposal for the introduction of new types of housing leases in the Civil Code

ISABEL L. MARTENS JIMÉNEZ

Investigadora Predoctoral y miembro de la REDVIFAM**
Universidad de Málaga (España)

martens@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0003-2896-6416>

Resumen: En este artículo se acomete el estudio y la revisión crítica de los distintos tipos de arrendamientos que recaen sobre una vivienda existentes en nuestro ordenamiento jurídico y su adecuación a la realidad social imperante en la actualidad. Asimismo, se analiza la adecuación y suficiencia de la regulación prevista por el legislador español para atender a las nuevas modalidades de arrendamiento que han surgido en la práctica o que han tenido un mayor auge en la actualidad. Sobre la base del Derecho arrendaticio alemán, como modelo de un sistema arrendaticio jurídicamente seguro y atractivo para los ciudadanos, se ofrecen propuestas legislativas que suponen una importante modificación de nuestro sistema arrendaticio.

Recepción: 06/05/2021

Aceptación: 09/11/2021

Cómo citar este trabajo: MARTENS JIMÉNEZ, Isabel L., “Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 49-101, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.04>

* Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Proyecto de investigación “Los alojamientos turísticos contratados entre particulares en plataformas colaborativas”, dentro del programa FEDER Andalucía 2014-2020, dirigido por Moreno-Torres Herrera y Gálvez Criado (UMA-18-FEDERJA-132). En cuanto a la investigación del arrendamiento alemán, es fruto de la estancia de investigación realizada durante los meses de febrero a abril de 2020 en la Universidad de Colonia, gracias a la financiación concedida en el seno del Plan Propio de la Universidad de Málaga.

** Red de investigación temática “Vivienda y familia en el siglo XXI”, coordinada por Cervilla Garzón y financiada por el Programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema I+D+i, acciones de dinamización de “Redes de investigación”, convocatoria de 2018 (Ref: RED2018-102339-T).

Palabras claves: arrendamiento, vivienda habitual, vivienda turística, arrendamiento turístico, arrendamiento de temporada, arrendamiento compartido, arrendamiento por habitaciones, arrendamiento colaborativo.

Abstract: This article undertakes the study and critical review of the different types of leases of housing existing in our legal system and their adequacy to the prevailing social reality at present. It also analyses the adequacy and sufficiency of the regulation envisaged by the Spanish legislator to address the new types of leases that have arisen in practice or which have reached a greater number at present. On the basis of German tenancy law, as a model of a legally secure and attractive tenancy system for citizens, legislative proposals are offered which represent an important modification of our tenancy system.

Keywords: lease, habitual residence, tourist accommodation, tourist rental, seasonal lease, shared rental, room rental, co-housing, co-living.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS DISTINTOS TIPOS DE ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. REFLEXIONES SOBRE SU ADECUACIÓN A LA REALIDAD ACTUAL. 2.1. Arrendamientos de vivienda en la legislación española. 2.1.A. Arrendamiento de vivienda habitual o de necesidad permanente de vivienda. 2.1.B. Arrendamiento de vivienda no habitual o de necesidad transitoria de vivienda. 2.1.C. Arrendamiento de vivienda turística. 2.2. La inadecuación de los tipos de arrendamientos de vivienda a la realidad actual y la inadecuación de su regulación. 2.2.A. Un solo arrendamiento de vivienda habitual, un solo arrendatario y un solo modelo de convivencia. 2.2.B. El arrendamiento de la vivienda habitual por varios arrendatarios. 2.2.C. El arrendamiento de habitaciones con derecho a usar zonas comunes. 2.2.D. Cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso. 2.2.E. El arrendamiento de vivienda no habitual. El denominado “arrendamiento de temporada”. 2.2.F. El arrendamiento de vivienda turística. 3. LOS TIPOS DE ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN EL DERECHO ALEMÁN. 3.1. El arrendamiento de vivienda que sea el centro de la vida del individuo: principales medidas protecciónistas. 3.1.A. Las causas de extinción del contrato y el derecho de oposición del arrendatario. 3.1.B. La limitación a la elevación de la renta vigente el arrendamiento y el límite a la libre determinación inicial de la renta. 3.2. Otros tipos de arrendamientos que recaen sobre la vivienda: el § 549 BGB. 3.2.A. Arrendamiento temporal de vivienda. 3.2.B. Arrendamiento de vivienda amueblada y compartida con el arrendador. 3.2.C. Vivienda arrendada por una persona jurídica de Derecho público o privado que subarriende a una persona con urgente necesidad de acceder a una vivienda. 3.2.D. Arrendamiento de habitaciones en una residencia de estudiantes o jóvenes. 3.2.E. El arrendamiento de viviendas a los empleados del arrendador. 3.3. Conclusión sobre el Derecho alemán. 4. PROPUESTA DE INTRODUCCIÓN DE NUEVOS TIPOS DE ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y LÍNEAS GENERALES DE SU REGULACIÓN. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Todo parece indicar que, pese a los intentos del legislador español –de los que son buena muestra las reformas de 2013, 2018 y 2019¹ mediante las que se modificó la Ley 29/1994,

¹ Las reformas a las que se hace referencia son las siguientes: Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas; RD-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de

de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU)-, en España el arrendamiento sigue sin ser una fórmula adecuada para satisfacer de modo permanente la necesidad de vivienda habitual, en particular de las familias, las cuales optan por el arrendamiento, bien de manera temporal, bien por la imposibilidad para acceder a la vivienda en propiedad.

Tal y como se ha puesto de relieve en distintos estudios y análisis, la situación no es la misma en todos los países de nuestro entorno. En particular, en Alemania el arrendamiento de viviendas no es, como en España, la opción a la que se acogen las familias solo durante cierto tiempo, generalmente hasta que se obtiene la financiación necesaria para la compra, sino que se presenta como una alternativa real a la adquisición en propiedad, de manera que no es excepcional, en el citado país, que las familias no sean nunca propietarias de la vivienda en la que habitan, incluso durante toda su vida, sino que sean, simplemente, arrendatarios de la misma.

Dada la deriva del mercado de vivienda en España, y las dificultades para acceder a la vivienda en propiedad por parte de muchas familias, resulta sumamente oportuno que desde las distintas disciplinas implicadas en el tema, que son muchas, se acometan estudios dirigidos a determinar las razones por las cuales el arrendamiento no es actualmente una alternativa idónea para satisfacer la necesidad de vivienda.

Este conocimiento resulta imprescindible para que el legislador pueda dar los pasos adecuados en lo referente a incrementar y mejorar las opciones de acceso a la vivienda. Y si de lo que se trata, entre otras cosas, es de conseguir que el arrendamiento sea en España una fórmula adecuada para el disfrute de la vivienda, tiene mucho sentido conocer las soluciones legislativas de aquellos ordenamientos jurídicos en los que esto ya ocurre.

De ahí la investigación que se acomete en estas páginas, cuyo objetivo no es otro que establecer, desde el conocimiento del Derecho alemán, propuestas de mejora y adecuación del Derecho arrendaticio español a la realidad socioeconómica actual. Es este el objetivo último del trabajo y no la mera comparación entre dos ordenamientos jurídicos. Pero el primer paso debe ser establecer las diferencias más destacadas entre el Derecho alemán y el español, no sin advertir que no se persigue, por supuesto, una exposición exhaustiva y detallada de las normas de uno y otro, no solo porque son prolijas sino, sobre todo, porque nos desviarián del objetivo anunciado.

medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (derogado por Acuerdo de 22 de enero de 2019); RD-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (convalidado por Acuerdo de 9 de abril de 2019).

2. LOS DISTINTOS TIPOS DE ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. REFLEXIONES SOBRE SU ADECUACIÓN A LA REALIDAD ACTUAL

2.1. Arrendamientos de vivienda en la legislación española

En el presente apartado se expondrán los tipos de arrendamientos de vivienda existentes en la legislación española, las directrices y normas aplicables a cada uno de ellos y las razones que han llevado al legislador a establecer esta tipología. La expresión no se utiliza aquí en el sentido de la LAU vigente, sino como comprensiva, con carácter amplio, de todos los arrendamientos *que tengan por objeto una vivienda*.

Sin embargo, con carácter previo, cabe definir qué se entiende como “vivienda”. La definición usual que del término establece la RAE es la siguiente: “lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”. En este artículo nos referiremos, por tanto, a los arrendamientos que recaigan sobre aquellos lugares cerrados y cubiertos que hubieran sido construidos para permitir que sean habitados por personas. Este concepto base de la vivienda deberá ser ampliado o reducido según el tipo de arrendamiento del que se trate, como veremos. La legislación añade requisitos para incluir o excluir del ámbito de aplicación de su régimen algunos tipos de vivienda que se corresponden con la definición usual, pero que no son aptos para el arrendamiento en las condiciones exigidas.

Actualmente, nuestra legislación diferencia entre tres tipos de arrendamiento que tienen por objeto una vivienda: el arrendamiento de la vivienda habitual, el arrendamiento de vivienda no habitual y el arrendamiento de una vivienda turística². Se expondrá, respecto de cada uno de ellos, el concepto y su regulación, utilizando una metodología comparativa. Como se explicará, respecto de cada uno de los tres tipos, el primero se regula por la normativa protección contenida en la legislación especial de arrendamientos urbanos, mientras que el segundo también pertenece al ámbito de aplicación de la LAU, pero se ubica entre los denominados “arrendamientos para uso distinto del de vivienda”³, con una regulación dispositiva y poco apropiada para este tipo,

² Para facilitar la exposición se han utilizado términos más descriptivos de los tres tipos de arrendamiento que recaen sobre una vivienda, no obstante, debe tenerse en cuenta que en la LAU se denominan, respectivamente, arrendamiento de vivienda, arrendamiento por temporadas y, en cuanto a las viviendas turísticas, se describen, pero no se ofrece una terminología para ellos.

³ En cuanto al concepto del arrendamiento para uso distinto del de vivienda, se recoge en el art. 3 LAU o, más bien, no se define, pues lo único que hace el precepto es usar la técnica de la definición por exclusión respecto del diferente destino al que debe quedar referido el arrendamiento que recaiga sobre la edificación. En concreto dice: “se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior”. A continuación, y en un intento de delimitar el concepto, se hace una enumeración de algunos supuestos que pertenecen a este tipo: “en especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren”. Dicho sea, ya que esta enumeración no cumple con el objetivo de delimitar debidamente el concepto, habida cuenta de que se trata de una enumeración abierta que, a mayor abundamiento, se refiere a supuestos que no comparten ninguna característica que justifique su tratamiento conjunto.

por estar principalmente enfocada al arrendamiento de espacios destinados a finalidades empresariales; finalmente, los arrendamientos de viviendas turísticas han quedado excluidos de la LAU conforme a su art. 5, siempre y cuando se encuentren sometidos a la legislación sectorial turística dictada al efecto, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el Código Civil (en adelante, CC). De no estar estos últimos arrendamientos sometidos a la normativa sectorial turística, sí se aplicaría al arrendamiento turístico en cuestión el régimen de la LAU, en concreto, el mismo que el de los arrendamientos de vivienda no habitual. Desarrollaremos estos aspectos a continuación.

Tal y como se puede intuir de lo expuesto, no todos los arrendamientos que recaen sobre una vivienda reciben la protección diseñada en el Título II LAU⁴. Muy por el contrario, se ubican conceptualmente entre los arrendamientos para uso distinto del de vivienda o bien directamente quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LAU y, por ende, se rigen por lo dispuesto en el CC que contiene la normativa general de arrendamientos⁵, de carácter dispositivo⁶. Precisamente a la vista de esta circunstancia es fundamental delimitar el concepto de arrendamiento de vivienda que ofrece la LAU, por cuanto que de ello va a depender que, aun tratándose de una vivienda, resulte aplicable –o no– el régimen jurídico que señala el art. 4 LAU. En definitiva, actualmente, aun cuando el arrendamiento tenga por objeto una vivienda, dependiendo de otros factores que analizaremos a continuación, la regulación aplicable será, bien los pactos de las partes, dentro del marco del Título II LAU, bien los pactos de las partes y, solo en su defecto, el Título III LAU, en ambos casos con aplicación supletoria del Código Civil, o bien, directamente quedarán sujetos a la normativa general del Código Civil.

2.1.A. Arrendamiento de vivienda habitual o de necesidad permanente de vivienda

El legislador español, al establecer el régimen especial de los arrendamientos de vivienda, en la LAU, no se refiere a todos los arrendamientos que pueden recaer sobre la vivienda entendida como “lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”, sino que se refiere a un supuesto muy concreto, que es el arrendamiento de la vivienda habitual. Ciertamente, no se expresa con esa terminología, pero de los requisitos señalados en la LAU para considerar aplicable la normativa especial se puede extraer esa conclusión. Buena prueba de ello es, entre otros, el art. 7 LAU que aclara que, aun a pesar

⁴ La estructura de la vigente LAU se compone de cinco títulos, si bien el V está derogado. El I regula el “ámbito de la ley” (arts. 1-5); el II “De los arrendamientos de vivienda”, dividido en cinco capítulos (arts. 6-28); Título III “De los arrendamientos para uso distinto de vivienda” (arts. 29-35), IV “Disposiciones comunes” (arts. 36 y 37), y el derogado Título V “Procesos arrendatarios” (arts. 38-40). Finalmente, diez disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una única disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

⁵ El arrendamiento de cosas se regula en los arts. 1542 a 1582 CC.

⁶ En palabras de LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado común y foral*. Tomo II, Barcelona, Bosch, 2005, pág. 3: “Tanto el proyecto de CC del 1851, como el CC vigente, 1889, regulan los arrendamientos urbanos en un sentido de respeto absoluto –acaso excesivo– a la posición del propietario, y de completa libertad contractual: ni en materia de plazos y rentas, ni en cualquier otra, se hallan preceptos imperativos”.

de que el arrendatario no resida en la vivienda arrendada, el arrendamiento sigue quedando sometido a la normativa protecciónista de la LAU, siempre y cuando el cónyuge no separado legalmente o de hecho o los hijos dependientes del arrendatario habiten permanentemente en la vivienda. En concreto, la definición que ofrece el art. 2 LAU es la siguiente: “aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”, o de su cónyuge no separado legalmente o de hecho o sus hijos dependientes, como ya se ha adelantado.

A la vista del contenido del art. 2, se puede conceptuar el arrendamiento de vivienda siguiendo dos criterios diferenciados; de un lado, el objeto sobre el que debe recaer, esto es, una “edificación habitable”⁷ y el destino primordial “satisfacer la necesidad permanente de vivienda”. Esta dualidad tendrá especial relevancia para incluir o excluir de la regulación de la LAU determinados arrendamientos que recaen sobre una vivienda, sobre todo, como veremos, en la jurisprudencia, puesto que si bien pudiera pensarse que para apreciar que existe arrendamiento de vivienda deben concurrir los dos elementos (edificación habitable y destino), también lo es que algunos arrendamientos que recaen sobre viviendas se han excluido por la jurisprudencia de la aplicación de la LAU por dar mayor relevancia a alguno de los dos elementos (por ejemplo, a la habitabilidad de la edificación, con independencia del destino). Y ello teniendo en cuenta que la doctrina coincide en que cada uno de los elementos resulta insuficiente sin el otro para configurar el concepto del arrendamiento de vivienda⁸.

Empezando con el primero de los elementos, esto es, la habitabilidad de la edificación, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que no se trata del cumplimiento de los requisitos administrativos o de la concurrencia, respecto de la edificación de la que se trate, de la cédula de habitabilidad⁹. Si se exige, tanto por doctrina como jurisprudencia,

⁷ Además de los requisitos señalados en el art. 2 LAU, parece que debiera completarse con lo dispuesto en el art. 1 del mismo cuerpo legal, pues limita el ámbito de aplicación de la ley a los arrendamientos que tengan por objeto una finca urbana, eso sí, sin definir qué debe entenderse por tal. Sin embargo, la doctrina prácticamente de forma unánime, considera que la “finca urbana” a que se refiere el artículo debe diferenciarse de las fincas rústicas a las que resultará de aplicación la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, y que no cabe sino identificarla con una edificación, pues tanto el art. 2, para los arrendamientos de vivienda, como el art. 3, para los arrendamientos para uso distinto de vivienda se refieren no ya a una finca urbana, sino a una edificación, con la única diferencia de que el primero añade el requisito de la habitabilidad y el segundo no. Se manifiesta en este sentido GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Artículo 2. Arrendamiento de vivienda”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (dirs. Crespo Allué, F. y Guitarte Gutiérrez, V.), Valladolid, Thomson Reuters, 1^a ed., 2014, pág. 34, criticando que “el hecho de que el legislador se refiere en el artículo 1 a la finca urbana y en los artículos 2 y 3 se exija la existencia de una edificación hace que no tengan cobijo alguno en la ley las fincas urbanas no edificadas por lo que la persistencia de aquel concepto -finca urbana- en el artículo 1 no tiene sentido ni finalidad alguna, limitándose a introducir un cierto confusionismo en la exégesis de estos preceptos”. También proclaman la identidad entre finca urbana y edificación VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M., “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 7.^a ed., 2020, pág. 77.

⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Artículo 2. Arrendamiento de vivienda”, *op. cit.*, pág. 30.

⁹ VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M., “Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor,

que la edificación reúna las condiciones que, de forma objetiva, sean necesarias para que el arrendatario -y su familia- puedan realizar las actividades propias del ámbito doméstico. A ello se añade también la necesidad de que puedan desarrollar dichas actividades en un espacio respetuoso con la intimidad familiar¹⁰.

Complemento del requisito anterior es el destino que se dé a la edificación habitable arrendada y que debe consistir en la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, que no queda excluida cuando no sea el arrendatario el que habite la vivienda, siempre y cuando su cónyuge, no separado legalmente o de hecho, o su hijo dependiente residan en la vivienda arrendada. La doctrina critica el adjetivo que utiliza la LAU para definir el destino que deba darse a la necesidad de vivienda del arrendatario. Entiendo, con GUILARTE GUTIÉRREZ¹¹ que el término “primaria” que, en sede parlamentaria, se propuso junto al de “permanente” hubiera sido más adecuado, para evitar toda confusión en cuanto a si el carácter permanente se refiere a la necesidad o sirve para delimitar la duración del contrato (teniendo en cuenta que del propio concepto de arrendamiento se deriva su temporalidad)¹². En concreto, explica el citado autor que la necesidad permanente de vivienda se puede delimitar en el sentido de que “todo individuo, siempre (permanentemente), tiene la necesidad de residir en algún lugar, y esa perpetua necesidad es la que la ley tutela cuando se atiende a través del contrato de alquiler”.

Cuando se destine la vivienda arrendada a satisfacer la necesidad permanente del arrendatario, esto es, cuando deba servir como vivienda habitual del arrendatario, el régimen aplicable al mismo, según el art. 4 LAU, será eminentemente imperativo, pero con matices: en principio, arrendador y arrendatario podrán establecer los pactos que estimen oportunos, siempre y cuando sean conformes con los dictados del Título I, II y IV de la LAU. El propio art. 4 declara imperativos los artículos contenidos en el Título I, así como los dos artículos que contiene el Título IV y que se refieren, respectivamente, a la fianza y garantías adicionales y a la formalización del contrato (cfr. arts. 36 y 37 LAU). Asimismo, respecto de las normas del Título II aclara que los contratantes no podrán apartarse de la letra de la ley en perjuicio del arrendatario, salvo que la propia norma así lo establezca (art. 6) y que, en todo caso, la exclusión deberá constar expresamente (art. 4.4). Para todo aquello no pactado por las partes, ni recogido en la legislación especial, se aplica supletoriamente la norma general, el Código Civil.

Aranzadi, 7.^a ed., 2020, pág. 81; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Artículo 2. Arrendamiento de vivienda”, *op. cit.*, pág. 36.

¹⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Artículo 2. Arrendamiento de vivienda”, *op. cit.*, págs. 35-36.

¹¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Artículo 2. Arrendamiento de vivienda”, *op. cit.*, pág. 41.

¹² De hecho, tal y como explican VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M., “Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda”, *op.cit.*, pág. 101: “el arrendatario no puede, por definición, tener su vivienda permanente en la finca arrendada, pues deberá abandonarla al concluir el plazo pactado y, en su caso, las prórrogas”.

A la vista del régimen jurídico expuesto en el art. 4 LAU cabe plantearse qué motivos tuvo el legislador para limitar la autonomía de la voluntad de las partes respecto de los arrendamientos regulados por el CC. Los antecedentes normativos de la legislación especial muestran que desde la primera ley especial locaticia posterior al CC¹³, esto es, el Decreto de 21 de junio de 1920, la preocupación del legislador era la de combatir los efectos de la escasez de la vivienda y el abuso de los propietarios que, aprovechando esta situación, elevaban las rentas de las viviendas arrendadas a sabiendas de la dificultad del arrendatario para buscar otra¹⁴. La autonomía de la voluntad que en sede arrendaticia regía por virtud del régimen común del CC, hacía posible este tipo de abusos por parte de los propietarios y necesaria una intervención por parte del legislador para regular los intereses en juego. Para evitar estos abusos, el legislador español optó por dictar normas especiales que, respecto de algunos arrendamientos urbanos, limitara la autonomía propia del CC. La continua publicación de modificaciones y de nuevas leyes especiales en el ámbito de los arrendamientos urbanos tenía como justificación, según las distintas exposiciones de motivos, la ausencia de los resultados proyectados en las mismas. Ya fuera, de un lado, por la falta de cumplimiento de las medidas complementarias apuntadas por el legislador (incremento de la inversión privada y pública, aumento de la construcción y rehabilitación de viviendas), y de otra, por la inadecuación de las normas dictadas.

La imperatividad de la legislación especial se centra en el establecimiento de una duración mínima e inderogable para las partes, pues es obligatoria para el arrendador e irrenunciable con carácter previo para el arrendatario. La duración mínima comprende actualmente cinco años (o siete, en caso de que el arrendador fuera una persona jurídica), que se alcanzan por medio de un sistema de prórrogas anuales y es en el vencimiento de cada una de estas prórrogas en los que entra en juego la voluntariedad para el arrendatario, pues podrá notificar su voluntad de no continuar arrendando la vivienda treinta días antes de cada vencimiento anual. No obstante lo anterior, no debe confundirse la prórroga obligatoria con la determinación inicial de la duración del arrendamiento, que podrá ser libremente determinada por las partes. La intervención legislativa respecto de la duración consiste en establecer un plazo mínimo durante el cual el arrendatario no podrá ser desalojado de la vivienda, precisamente por tratarse de su vivienda habitual. Por ello, con independencia de que las partes pacten una duración para el contrato, si esta fuera inferior a los cinco años a los que se refiere la norma, se aplicarán las prórrogas anuales de forma obligatoria para el arrendador y voluntaria para el arrendatario. Este sistema de prórrogas

¹³ Con anterioridad a la promulgación del CC, el legislador ya se había ocupado de regular los arrendamientos urbanos, por ejemplo, en la Ley de 9 de abril de 1842 que consagraba el principio de la autonomía de la voluntad en sede arrendaticia y la extinción del arrendamiento una vez cumplido el término pactado, sin que fuera necesario que el propietario ejercitara la acción de desahucio. ARAGONESES ALONSO, P. y PASCUAL NIETO, G., “La vigente ley de arrendamientos y nuestro Derecho Histórico”, *Anuario de Derecho Civil*, vol.9, núm. 1, 1956, pág. 51, explican que esta ley surge por la presión de los propietarios que reclamaban la instauración de la libertad contractual en la regulación de los arrendamientos urbanos, como respuesta a las normas protecciónistas que venían publicándose hasta la fecha. Los principios inspiradores de esta ley encontrarían su reflejo en la regulación del CC.

¹⁴ En la Exposición de Motivos del Decreto de 21 de junio de 1920 se exponía este problema “es evidente que la escasez de habitaciones viene colocando al inquilino en situación de verdadera angustia, de la que algún propietario ha podido prevalerse para aumentar de modo exorbitante el importe de los arriendos”.

se recoge principalmente en los arts. 9 y 10 LAU, si bien inspira prácticamente la totalidad de las normas que regulan el arrendamiento de la vivienda habitual. El legislador entiende, actualmente, que la duración de cinco años es protección suficiente para el arrendatario, y a su vez, que no desincentiva en demasía a los arrendadores para ofrecer en arrendamiento sus inmuebles. Complementa esta primera prórroga obligatoria con otra prórroga anual más breve, hasta los tres años, con la importante diferencia de que el arrendador puede evitarla notificándoselo al arrendatario con anterioridad al comienzo de la primera anualidad. Una vez que se inicie el sistema de prórroga del art. 10 LAU, su acatamiento vuelve a ser obligatorio para el arrendador y voluntario para el arrendatario.

Siendo el sistema de prórrogas el aspecto principal sobre el que gira toda la regulación del arrendamiento de vivienda habitual, se puede decir que se trata de una regulación completa para este tipo de arrendamiento, pues regula tanto los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario, y las consecuencias del incumplimiento de los mismos, como aquellos actos o hechos que puedan amenazar al sistema de prórrogas, estableciendo distintas soluciones para cada supuesto. En este sentido, se prevén soluciones para los supuestos de que un tercero adquiera la vivienda arrendada, ya sea por medio de la enajenación voluntaria de la misma (art. 14) o forzosa (art. 13), o porque el tercero ejercite un derecho que tenga por consecuencia la resolución del derecho del arrendador.

Asimismo, a la vista de que, como se ha adelantado, se regula el arrendamiento de la vivienda habitual, el legislador ha tenido en consideración a los familiares del arrendatario y ha extendido la protección prevista para aquel a estos. Se regula, entre otros, la subrogación en el contrato de algunos familiares del arrendatario en caso de que este fallezca (art. 16). Respecto del núcleo familiar, se prevé también la subrogación del cónyuge no arrendatario en la posición de este, en caso de que desista o abandone la vivienda sin consentimiento del cónyuge (art. 12), además de las consecuencias de una crisis matrimonial en cuanto a la continuidad en la vivienda del cónyuge no arrendatario (art. 15).

En definitiva, se caracteriza el régimen jurídico del arrendamiento de vivienda habitual por ser un sistema protecciónista, imperativo y completo. No obstante, se puede apreciar, dentro de la regulación pendular propia en materia de arrendamiento de vivienda habitual, que el grado de protección actual, en una perspectiva histórica, no es demasiado elevado. En palabras de AVILÉS GARCÍA “esta fluctuación legal en materia de protección del inquilino ha sido periódica y constante: de la hiperprotección legislativa del inquilino anterior al Texto refundido de 1964 se pasó a cierta laxitud en la tutela del inquilino, y de ésta a la liberalización por Real Decreto-Ley 2/1985, con retorno, pocos años después, a una protección guiada bajo el principio del *equilibrio prestacional* entre contratantes por Ley 29/1994, sin apenas conseguir incrementar el mercado de alquiler”¹⁵.

¹⁵ AVILÉS GARCÍA, J., “Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 34/2014, pág. 53.

2.1.B. Arrendamiento de vivienda no habitual o de necesidad transitoria de vivienda

Bajo esta terminología se hace referencia a los arrendamientos que, aun recayendo sobre una vivienda, no responden a una necesidad permanente de vivienda, sino a una necesidad transitoria. La doctrina, con algún apoyo legal, los llama “arrendamientos de temporada”.

Dado que las primeras leyes especiales no regulaban el arrendamiento de temporada, limitándose a mencionarlo a los efectos de su exclusión del ámbito de aplicación, no se ha concretado su concepto, si bien pueden extraerse los elementos que lo caracterizan y permiten calificarlo como tal de sus antecedentes legislativos y de la jurisprudencia. El art. 3 en sus apartados 1º y 2º LAU establece como requisitos los siguientes: 1) que el arrendamiento recaiga sobre una edificación (si bien el apartado 2º se refiere a la finca urbana, en el apartado 1º se hace referencia a la edificación); y 2) que el destino primordial del arrendamiento sea distinto al de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo establece que el contrato de arrendamiento se califica como celebrado por temporadas en función de la finalidad que subyace al arrendamiento, sin que sea determinante la duración pactada para el contrato, ni lo que hubieran establecido las partes en el contrato. En este sentido, cabe citar, por todas, la STS, Sala 1ª., de 15 de diciembre de 1999¹⁶ (ROJ: STS 8059/1999), que con cita de la STS anterior de 19 de febrero de 1982, y de la jurisprudencia constante que ha mantenido al respecto, aclara que: “debiendo entenderse este requisito de ‘temporalidad’ de un modo amplio y flexible cuando claramente se infiera que el uso y ocupación de que el inmueble es objeto responda a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, como sucede en el presente caso, y no a la necesidad de habitar permanentemente o de la adecuada instalación del negocio o industria del ininterrumpido desenvolvimiento, ya que el requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación, no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación, y así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala en ss. 17 dic. 1960, 8 feb. 1962, 30 mar. 1974, 4 feb. 1975 y 30 jun. 1976”.

Una vez delimitados los requisitos que permiten calificar el arrendamiento, cabe plantearse las razones que han llevado al legislador a subsumir este tipo de arrendamiento dentro de la categoría de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda y al régimen jurídico establecido en la LAU para estos. Sobre todo, a la vista de que, históricamente, este tipo de arrendamiento ha sido excluido de la normativa especial por el legislador¹⁷,

¹⁶ ECLI:ES:TS:1999:8059.

¹⁷ Disponía el art. 2 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 (articulada por la Orden de 21 de marzo de 1947) “Quedan excluidos de la presente Ley y se regirán por lo pactado y por lo establecido con carácter necesario en el Código Civil o en la Legislación foral, en su caso, y en las Leyes procesales comunes, los arrendamientos, cesiones y subarriendos de viviendas o locales de negocio, con o sin muebles, de fincas situadas en lugares en que el arrendatario no tenga su residencia habitual y limitados a la temporada de verano o a cualquier otra”. Similar contenido tenía el precepto 1.2. 1º de la Ley de 22 de diciembre de 1955 (articulada por el Decreto de 13 de abril de 1956), con una mínima variación, eliminando la referencia a la

optando, en cambio, por una dualidad: el arrendamiento de vivienda permanente y el arrendamiento de locales de negocios¹⁸. Se justificaba la exclusión por el legislador, según el Preámbulo de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 (primera ley especial que se refería a los arrendamientos de temporada) “por no venir [los arrendamientos de temporada] generalmente impuestos por la necesidad de residencia, sino por otras finalidades distintas y complejas, no hay razón para cohibir la libre voluntad de las partes en su otorgamiento”. Si bien el tipo del arrendamiento de vivienda ha permanecido inalterado, salvo por la delimitación de su contenido, ya sea en función de las personas que habiten en la vivienda, o del tamaño de la misma o de la renta (las llamadas viviendas suntuarias¹⁹ para las que establece el mismo régimen que el de los arrendamientos para uso distinto de vivienda); el del arrendamiento de local de negocio se ha sustituido por el difícil por indefinido tipo del arrendamiento “para uso distinto de vivienda”. Se delimita, principalmente, por exclusión: todo destino que no concuerde con la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda, pero que recaiga sobre una edificación, tendrá cabida en este segundo tipo²⁰. A salvo quedan los supuestos señalados en el art. 5 LAU, que directamente, por elección del legislador, quedan excluidos de la aplicación de la LAU, a veces, con una difícil justificación y con una deficiente técnica jurídica.

A partir de la LAU de 1994, se incluye, por primera vez, el arrendamiento de vivienda no habitual en su ámbito de aplicación, sin embargo, no se adapta la normativa, en el sentido de eliminar la dualidad propia de las leyes anteriores, estableciendo normas adecuadas para este tercer tipo, sino que, manteniendo la idea de que no puede ser considerado

residencia habitual y añadiendo la aclaración “aunque los plazos concertados para el arrendamiento fueran distintos”. En similares términos se pronunciaba el art. 2.1 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1964 (en adelante, TRLAU): “Quedan excluidos y se regirán por lo pactado y por lo establecido con carácter necesario en el Código Civil o en la legislación foral, en su caso, y en las Leyes procesales comunes, los arrendamientos, cesiones y subarriendos de viviendas o locales de negocio, con o sin muebles, de fincas cuyo arrendatario las ocupe únicamente por la temporada de verano, o cualquier otra, aunque los plazos concertados para el arrendamiento fueran distintos”.

¹⁸ Tanto la Ley de 31 de diciembre de 1946, como la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 (articulada por el Decreto de 13 de abril de 1956), hasta el TRLAU de 1964 diferenciaban entre el arrendamiento de viviendas o inquilinato y el arrendamiento de local de negocio.

¹⁹ Fue la Ley de 22 de diciembre de 1955 (articulada por Decreto de 13 de abril de 1956) la que indicó, por primera vez, que los derechos indicados en la misma son renunciables, excepto el de la prórroga, para aquellos arrendatarios que ocupen por primera vez una vivienda que devenga ciertas cantidades mensuales que se indican por franjas en una tabla. En similares términos, el TRLAU de 1964, en su art. 6.2 declara renunciables los derechos concedidos, salvo el de prórroga, para viviendas que devengan las cantidades indicadas en las escalas por fecha y cuantía. Por su parte, la LAU de 1994, tanto en su redacción original como en la actualmente vigente (redacción dada por el RD-ley 7/2019) regulan en su art. 4.2 la excepción a la regulación de las viviendas suntuarias (cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual), a las que resultarán de aplicación los pactos, en su defecto el Título II, y supletoriamente el CC.

²⁰ A la vista de la imprecisa tipología actual, al menos en las leyes anteriores el arrendamiento de local de negocio estaba mejor delimitado, pues si bien se decía, tanto en la Ley de bases de 31 de diciembre de 1946 (base primera) y en el TRLAU de 1964 que eran contratos de arriendo que recaían sobre aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no fuera la vivienda, aclaraba a continuación que dicho destino fuera, en cambio, el de ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, de comercio o de enseñanzas con fin lucrativo.

arrendamiento de vivienda permanente y, por ende, no siendo merecedor de la protección que se establece para aquel²¹, se incluye en la categoría del arrendamiento para uso distinto de vivienda, heredero de la que antaño fuera la categoría del arrendamiento del local de negocio.

Llama la atención la decisión del legislador cuando, como se ha dicho, la sujeción del arrendamiento de temporada al régimen del arrendamiento para uso distinto del de vivienda no tiene ninguna justificación²². Dado que el régimen de arrendamientos contenido en el CC es eminentemente dispositivo, y que se trata de la norma general, aplicable a los arrendamientos que no entran en el ámbito de aplicación de la LAU (y de forma supletoria a los que sí entran en su ámbito de aplicación), hasta la promulgación de la LAU de 1994, el arrendamiento por temporadas quedaba sujeto al CC²³. La autonomía de la voluntad de las partes era la característica principal de su régimen. Se ha mantenido²⁴ que la razón que subyace a la decisión del legislador es la de modernizar la regulación aplicable a algunos arrendamientos urbanos, puesto que la normativa del CC resultaba obsoleta en demasiados aspectos (lógico, por otra parte, habida cuenta de la fecha en la que se dictó esta normativa de arrendamientos que ha llegado inalterada hasta la actualidad), sin pretender, en cambio, limitar en demasía la libertad de las partes al aplicar el régimen de los arrendamientos de vivienda habitual.

A partir de la LAU 1994, por tanto, y como consecuencia de su inclusión en el art. 3 LAU, le será de aplicación el régimen jurídico propio de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Un régimen que, a diferencia de lo dispuesto para los arrendamientos de la vivienda habitual, se caracteriza por ser de carácter dispositivo. Así, excepto lo dispuesto en los Títulos I y IV, que son de carácter imperativo, se podrán establecer los pactos que se consideren oportunos y, solo en defecto de pacto, tendrá aplicación lo dispuesto en el Título III, con la supletoriedad del CC. Una aclaración importante que introduce el apartado 4º del art. 4 LAU es que cualquier exclusión de las normas deberá hacerse de forma expresa, siendo esta una norma que tendrá carácter imperativo tanto

²¹ De hecho, exactamente así lo dice el legislador en la Exposición de Motivos de la LAU “Este nuevo categorismo se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario sólo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas”.

²² Tanto es así, que el legislador ni siquiera ha tratado de justificar en la Exposición de Motivos la razón de incluir el arrendamiento de temporada entre los arrendamientos para uso distinto de vivienda, y ello a pesar del precedente legislativo en el que se excluía de las leyes arrendaticias especiales el arrendamiento de temporada.

²³ De hecho, las leyes anteriores indicaban expresamente que estos arrendamientos quedarían sujetos a la voluntad de las partes y al régimen común.

²⁴ En palabras de MORENO-TORRES HERRERA, M.L. y MARTENS JIMÉNEZ, I.L., “Pasado, presente y futuro de la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas en el ordenamiento español”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, pág. 278: “Así pues, la técnica de la ley especial, que se utiliza en un primer momento para introducir restricciones a la autonomía privada con la finalidad de proteger a los arrendatarios, se emplea ahora con un fin distinto: modernizar el derecho arrendaticio. El Derecho codificado no resultaba inútil, pero sí insuficiente ante la evolución socio-económica acaecida en el último siglo”.

para los arrendamientos de vivienda como para los de uso distinto. El significado de esta norma se concreta en la imposibilidad de realizar una exclusión en bloque de las normas contenidas en el Título III LAU²⁵. En efecto, dice el art. 4.4 que la exclusión “deberá hacerse de forma expresa respecto de cada uno de ellos [los preceptos de la ley]” y, conforme al art. 4.1, también para el arrendamiento para uso distinto tiene carácter imperativo “lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo”.

Además, se caracteriza por ser un régimen incompleto y una normativa inadecuada, al estar claramente orientada a regular situaciones concretas propias de los arrendamientos que recaen sobre locales o viviendas en las que se ejerza una actividad profesional o económica. Buena prueba de ello son normas tales como la recogida en el art. 34 que se refiere a la indemnización que corresponde al arrendatario que a pesar de su voluntad de renovar el contrato por un mínimo de cinco años más, debe abandonar el local en el que ha ejercitado su actividad comercial de venta al público por igual periodo de tiempo. Esta norma, si bien es dispositiva, es una de las siete normas que contiene el Título III de la LAU. También se refieren expresamente a la actividad empresarial o profesional, el art. 32 (cesión y subarriendo de la finca arrendada en la que se ejerza una actividad empresarial o profesional), el art. 33 (muerte del arrendatario cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional) y el 35 (resolución de pleno derecho, aparte de determinadas causas enumeradas del art. 27, nombra expresamente la cesión o subarriendo del local en incumplimiento de lo dispuesto en el art. 32). Nótese que de siete artículos que contiene el Título III de la LAU (regulación aplicable a los arrendamientos para uso distinto, en defecto de pacto), cuatro se refieren expresamente a un local en el que se ejerza una actividad empresarial o profesional. Es evidente, por ende, que este Título III no está diseñado, en absoluto, para regular el arrendamiento de temporada. No resuelve ninguno de los aspectos del contenido contractual del arrendamiento de temporada, sino, como se ha dicho, lo contrario, aspectos propios y apropiados para un local comercial. A mayor abundamiento, si el arrendamiento de temporada es considerado un arrendamiento para uso distinto, significa que el Título I y el Título IV tienen carácter imperativo para estos contratos, consecuentemente, cualquiera de los contratantes podrá compelir al otro para celebrar el contrato en forma escrita y el arrendatario quedará obligado al pago de hasta dos meses de fianza, sin perjuicio de las posibles garantías adicionales. Especialmente inadecuada puede resultar esta norma para arrendamientos de temporada muy cortos (piénsese en la temporada de verano, que abarcaría tres meses), pues la fianza alcanzaría prácticamente a la totalidad de la renta pactada.

En definitiva, el régimen jurídico del arrendamiento de necesidad transitoria de vivienda se caracteriza por ser un sistema no protecciónista, dispositivo, incompleto e inadecuado, al ser una normativa orientada a locales, y de mínimos. Alcanzada esta conclusión, no es baladí preguntarse si el Código civil ofrece respuestas adecuadas al llamado arrendamiento de temporada. Pudiera pensarse que sí, sobre todo a la vista de los

²⁵ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 4.3. Régimen aplicable”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 7.^a ed., 2020, pág. 151.

precedentes históricos: todas las leyes especiales anteriores a la LAU excluían expresamente el arrendamiento por temporadas de su ámbito de aplicación, por lo que debía entenderse aplicable la norma general. No obstante, como veremos, no es así.

2.1.C. Arrendamiento de vivienda turística

El arrendamiento de viviendas turísticas o arrendamiento turístico, al amparo de lo establecido en el art. 5 e) LAU, es aquel contrato por virtud del cual una persona cede a otra, a cambio de un precio, el uso, por un tiempo determinado, de una vivienda, amueblada y perfectamente equipada y en condiciones de uso inmediato, y destinada a cubrir una necesidad transitoria.

El arrendamiento de viviendas turísticas no siempre se ha considerado como un tipo independiente, sino que se recogía dentro de los arrendamientos por temporada. No es hasta el año 2013²⁶ cuando se diferencia entre ambos tipos de arrendamiento, de tal manera que, como ya ha quedado expuesto, el arrendamiento por temporada o el arrendamiento transitorio de vivienda, se regula dentro de la categoría de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, con el régimen ya expuesto, mientras que el arrendamiento de viviendas turísticas ha sido extraído del ámbito de aplicación de la LAU, siempre que reúna los requisitos que enumera el art. 5.

La justificación para añadir el apartado e) al art. 5 LAU era, según el Preámbulo de la Ley 4/2013, que “en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación”.

En efecto, el apartado e) del art. 5 LAU, conforme a la redacción dada por el RD-ley 7/2019, establece que: “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística”.

El principal inconveniente que deriva del precepto citado es que lleva a una consecuencia -quizás no querida por el legislador- y es que se genera una dualidad de regímenes para los arrendamientos turísticos: de un lado, aquellos arrendamientos que consisten en la

²⁶ La redacción original del apartado e) conforme a la Ley 4/2013 excluía del ámbito de aplicación de la LAU “la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”.

cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializados y con finalidad lucrativa que no estén sometidos a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística, que quedan sujetos a la LAU por pertenecer como subtipo a los arrendamientos de vivienda no habitual; y, aquellos otros que sí cuenten con un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística, que quedarán sujetos, en cuanto al contenido obligacional del contrato, al régimen común contenido en el CC, sin perjuicio de las normas de Derecho público que, sobre los requisitos de la vivienda a arrendar y el control de la actividad turística, se establecen en la normativa sectorial²⁷.

En este sentido es sumamente importante aclarar que la referencia que hace el art. 5.e) LAU al “régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística” no se refiere a la regulación del contenido del arrendamiento, sino al objeto del mismo, en concreto, a la actividad de explotación de las viviendas destinadas a fines turísticos. En efecto, mientras que las comunidades autónomas tienen competencia para regular el sector del turismo (art. 148.18^a CE) y, por ende, establecer las normas oportunas de Derecho público, es el legislador estatal el que tiene competencia para regular los arrendamientos urbanos (art. 149.1.8^a CE), por lo que, de no quedar sujeto el arrendamiento turístico a la LAU, le será de aplicación la normativa general de arrendamientos urbanos contenida en el CC.

Se llega, por tanto, a un estado de cosas en el que los arrendamientos turísticos, dependiendo de si están sujetos o no a la normativa sectorial turística de la comunidad autónoma, quedan sujetos bien, en defecto de pacto, al régimen común del CC, o bien, nuevamente en defecto de pacto, al Título III LAU (y también al Título I y IV, con carácter imperativo), siendo el CC de aplicación supletoria.

En cualquier caso, ninguno de los dos posibles regímenes aplicables al arrendamiento de vivienda turística es adecuado para responder a las particularidades propias de este tipo de arrendamiento, pues el Título III LAU contiene normas específicamente pensadas para resolver cuestiones relacionadas con un arrendamiento de espacios dedicados a actividades empresariales, y el CC, al regular el arrendamiento de cosas y, dentro de este, el arrendamiento urbano, buscando la generalidad y la posibilidad de atender a todos los posibles objetos sobre los que puede recaer el arrendamiento, no logra, precisamente por virtud de esa generalidad, atender a particularidades como las que derivan de esta relación locaticia. A mayor abundamiento, es un régimen prácticamente inalterado en su totalidad desde su publicación en 1889²⁸, un siglo en el que este tipo de arrendamiento, simplemente, no existía, ni tampoco las formas de contratación electrónica.

²⁷ Sobre esta cuestión, más ampliamente: MORENO-TORRES HERRERA, M.L. y MARTENS JIMÉNEZ, I.L., “Pasado, presente y futuro de la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas en el ordenamiento español”, *op.cit*, págs. 271-312.

²⁸ En efecto, el único artículo que ha sido modificado es el 1548 CC.

2.2. La inadecuación de los tipos de arrendamientos de vivienda a la realidad actual y la inadecuación de su regulación

A la vista del régimen expuesto en el apartado anterior, cabe extraer las siguientes conclusiones, que se enumeran y desarrollan a continuación, y que indican que los tipos de arrendamientos de vivienda a los que actualmente se refiere la legislación española no son adecuados a la realidad sociológica imperante en nuestra sociedad. Se van a exponer, sin pretensiones de exhaustividad, las razones por las que la tipología actual es inadecuada.

2.2.A. Un solo arrendamiento de vivienda habitual, un solo arrendatario y un solo modelo de convivencia

En primer lugar, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la ley española reserva la denominación de “arrendamiento de vivienda” solo para aquellas viviendas en que se dan los requisitos, ya descritos, del art. 2 LAU, y ello al objeto de aplicarles un régimen jurídico de naturaleza imperativa que persigue, entre otras cosas, garantizar al inquilino una duración mínima de la relación contractual, algo que no ocurre cuando el destino del inmueble es satisfacer una necesidad transitoria de vivienda.

La tipología actual es inadecuada, por cuanto que ignora una realidad sociológica, a la que el régimen jurídico del arrendamiento de vivienda habitual, contenido en el Título II LAU, no se adapta. De los arts. 2, 7, 12, 15 y 16 LAU, es fácilmente apreciable que el arrendamiento de vivienda habitual al que se refiere la LAU está orientado a un modelo de convivencia familiar, de parentesco y/o conyugal, siendo así que la normativa se refiere al arrendatario en singular, sin prever situaciones de convivencia distintas a las mencionadas.

En efecto, el arrendamiento de vivienda tal y como está regulado en la LAU no contempla la tendencia en auge de compartir la vivienda con otras personas ajenas al núcleo familiar²⁹. El arrendamiento compartido por varios arrendatarios no es un fenómeno reciente, sí lo es, en cambio, su extensión a distintos perfiles de demandantes de vivienda. La evolución y aumento de la demanda de este tipo de arrendamiento se debe a que la idea de compartir la vivienda arrendada no es ya únicamente la elección de estudiantes, sino, muy por el contrario, la opción elegida (por voluntad o necesidad) por trabajadores y familias³⁰. Existe también una tendencia, que ya se ha previsto en el Derecho alemán,

²⁹ En la “Encuesta continúa de hogares” (ECH) del año 2020 elaborada por el INE, se muestra que del año 2014 al año 2020 ha aumentado considerablemente el número de personas que deciden compartir vivienda. La encuesta no se refiere a arrendamientos, sino a hogares, por lo que las cifras también incluyen viviendas en propiedad. Así, en 2014 eran 372.900 los hogares de dos o más núcleos familiares, 554.500 los hogares de varias personas no familiares y 813.100 los hogares de un núcleo familiar con otras personas; mientras que en 2020 han sido, respectivamente, 443.300, 566.300 y 808.300.

³⁰ En el Informe anual de pisos compartidos en España de 2019, efectuado por el portal: pisos.com, se detalla que la demanda es mayor en la franja de edad 18-25 años (51,31 %), seguido de la de 26-35 años (29,24 %); siendo Madrid y Barcelona las ciudades con mayor demanda de viviendas compartidas. El

de personas de avanzada edad que deciden compartir vivienda no solo para compartir gastos, sino por razones de índole más personal, como combatir la soledad a la que muchas se enfrentan. Buena prueba de la aparición de nuevos modelos de convivencia es que se encuentran, cada vez con mayor frecuencia, portales inmobiliarios que se dedican, exclusivamente, a anunciar habitaciones de viviendas para arrendar³¹, mientras que las tradicionales (idealista, fotocasa, etc.) permiten escoger el filtro para buscar arrendamientos compartidos. En la práctica, se han ido desarrollando otras fórmulas de convivencia como el alojamiento colaborativo o *co-living*³², huérfano, actualmente, de regulación.

La LAU no se refiere a este tipo de arrendamiento en el que conviven varias personas, incluso varias familias, sino que está pensado para aquel arrendamiento celebrado con un solo arrendatario, sin perjuicio de que conviva con sus familiares, es decir, cónyuge, persona deanáloga relación de afectividad y/o hijos dependientes, que es a los que menciona la LAU. No se prevén cuáles deban ser las normas aplicables a un arrendamiento en el que no exista esa relación familiar, de parentesco, conyugal o deanáloga relación de afectividad.

Dentro de la pluralidad de arrendatarios, deben diferenciarse dos situaciones: en primer lugar, el contrato de arrendamiento sobre la vivienda habitual celebrado entre el arrendador y varios arrendatarios, esto es, siendo todos ellos parte del contrato con la condición jurídica de arrendatarios; y aquellos otros arrendamientos que recaen sobre una habitación (o varias) de una vivienda arrendada, con derecho a usar las zonas comunes, tales como cocina, baño y salón.

2.2.B. El arrendamiento de la vivienda habitual por varios arrendatarios

Como se ha adelantado, son cada vez más las personas que optan por compartir la vivienda arrendada, ya sea por abaratrar los costes o por otras razones de índole personal. En este primera modalidad de arrendamiento compartido, en el que se celebra un solo contrato en el que todos los coarrendatarios tienen la condición jurídica de arrendatarios respecto de la totalidad de la vivienda, el problema principal que refleja tanto el auge de este tipo de arrendamiento, como la necesidad de recogerlo y regularlo de forma adecuada, es la jurisprudencia vacilante de las audiencias provinciales sobre diferentes problemas jurídicos derivados de la necesidad de determinar qué tipo de obligación existe entre el arrendador y los distintos arrendatarios, de una parte, y entre los coarrendatarios, de otra. En ausencia de una norma que se refiera a la pluralidad de arrendatarios -

documento se puede consultar en: <https://www.pisos.com/aldia/wp-content/uploads/2019/08/informe-piso-compartido-2019.pdf> [Última fecha de consulta: 14 julio 2021]

³¹ Por ejemplo, la plataforma «BADI» que se describe en su página web como “plataforma líder de alquiler de habitaciones a largo plazo”.

³² La plataforma en línea «HABYT», que nació en Alemania, ofrece tres tipos de arrendamiento distintos: el arrendamiento de la totalidad de una vivienda, el arrendamiento compartido y el arrendamiento colaborativo. Este último, según se indica en la propia plataforma, consiste en: dormitorio privado, zonas comunes de salón y comedor y acceso a eventos comunitarios.

inexistente en la LAU y en los artículos que regulan el arrendamiento de cosas en el CC- resultan de aplicación las normas generales contenidas en el CC, en concreto, los arts. 1137 y 1138³³, que hacen depender la solidaridad del pacto expreso contenido en el contrato. El problema es que esta regla general que proclaman los citados preceptos del CC ha sido matizada por el TS, abriendo las puertas a la llamada “solidaridad tácita” en la STS, Sala 1^a., de 26 de noviembre de 2008 (ROJ: STS 6286/2008)³⁴, confirmada por las SSTS de la Sala 1^a., de 30 de julio de 2010 (ROJ: STS 4386/2010)³⁵ y de 15 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4440:2017)³⁶. La solidaridad tácita implica que, aún a pesar de no constar expresamente en el contrato la voluntad de los contratantes de sujetarse a ella, se podrá apreciar la existencia de la misma “cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos manifestándose una interna conexión entre todos ellos a partir de las pruebas que en autos se practiquen o de la interpretación que los Tribunales puedan hacer de un determinado contrato y que hace inescindible el contrato”³⁷. Queda en manos de los tribunales examinar en cada caso concreto las circunstancias que han concurrido, la relación existente entre las partes y apreciar la existencia de una voluntad si quiera tácita de solidaridad entre los deudores (en nuestro caso, arrendatarios).

En sede arrendaticia, la consecuencia -de una parte, previsible- ha sido una división entre los pronunciamientos de las audiencias provinciales que, aun a falta de mención alguna en el contrato y en supuestos muy similares, han considerado que existe mancomunidad³⁸ o solidaridad³⁹, bien por una directa aplicación del art. 1137 CC, bien porque, siguiendo la doctrina del TS, tras analizar las circunstancias concretas, han estimado existente una

³³ Los arts. 1137 y 1138 del CC disponen, respectivamente, que “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”, y que “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”.

³⁴ ECLI:ES:TS:2008:6286.

³⁵ ECLI:ES:TS:2010:4386.

³⁶ ECLI:ES:TS:2017:4440.

³⁷ La consecuencia de esta interpretación se puede expresar con RAMÓN CHORNET, J.C., “Artículo 1137. Concurrencia de pluralidad de acreedores o deudores”, en *Código Civil Comentado*, (dirs. Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F.J., y Valpuesta Fernández, R.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2^a. ed., 2016, p. 273, en los siguientes términos: “ja pesar de la rotunda disposición del art. 1137, el principal problema que plantea la solidaridad es determinar cuándo existe y cuándo no!”.

³⁸ SAP de Burgos, Sección 3^a, de 30 de septiembre de 2009 (ROJ: SAP BU 848/2009; ECLI:ES:APBU:2009:848); SAP de Ciudad Real, Sección 1^a., de 4 de abril de 2014 (ROJ: SAP CR 325/2014; ECLI:ES:APCR:2014:325); SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1^a., de 27 de mayo de 2014 (ROJ: SAP TF 1770/2014; ECLI:ES:APTF:2014:1770).

³⁹ STS de 26 de noviembre de 2008, *op.cit.*; STS de 30 de julio de 2010, *op.cit.*; SAP de Valencia, Sección 6^a., de 17 de febrero de 2006 (ROJ: SAP V 4723/2006; ECLI:ES:APV:2006:4723); SAP Barcelona, Sección 4^a., de 9 de octubre de 2012 (ROJ: SAP B 14273/2012; ECLI:ES:APB:2012:14273); SAP Barcelona, Sección 4^a., de 14 de febrero de 2012 (ROJ: SAP B 1924/2012; ECLI:ES:APB:2012:1924); SAP de Barcelona, Sección 4^a., de 5 de febrero de 2013 (ROJ: SAP B 550/2013; ECLI:ES:APB:2013:550); SAP de Tarragona, Sección 3^a, de 12 de junio de 2018 (ROJ: SAP T 728/2018; ECLI:ES:APT:2018:728).

voluntad favorable a la mancomunidad o la concurrencia de una voluntad tácita de solidaridad de las obligaciones contenidas en el contrato.

Esta disparidad de criterios es consecuencia directa de la admisión de la solidaridad tácita, que podría resolverse con una previsión normativa *ad hoc*, ya que la LAU no ha previsto que cada vez más personas optarían por esta vía de acceso a la vivienda, centrándose exclusivamente en un modelo tradicional del arrendamiento de la vivienda habitual en cuanto a los demandantes y la demanda de vivienda.

Como principal crítica cabe enumerar los tres efectos que, según CARRASCO PERERA⁴⁰ genera la interpretación por el TS del art. 1137 CC o más bien la tácita derogación del contenido de este precepto que ha provocado con ella⁴¹. Así, en primer lugar, cabe señalar que, mediante la interpretación efectuada por el TS, se consigue una protección excesiva a favor del acreedor a costa del deudor que, por regla general, ya ocupa la posición más débil de la relación⁴². En segundo lugar, y partiendo de la base de que en la mayoría de los supuestos los arrendatarios no se conocen con anterioridad a la firma del contrato, cabe pensar que no es su voluntad responsabilizarse de los incumplimientos de los demás arrendatarios. Finalmente, y en relación con el punto anterior, no cabe duda de que cada uno de los arrendatarios celebrará su contrato con la intención de ejercitar libremente sus derechos y no quedar sometido a las decisiones de los demás arrendatarios.

Esta y otras particularidades derivadas de un arrendamiento con varios arrendatarios cotitulares del mismo, deben quedar reguladas, sobre todo, a la vista de la inseguridad jurídica y la litigiosidad que ha generado la falta de previsión de este supuesto.

2.2.C. El arrendamiento de habitaciones con derecho a usar zonas comunes

Aparte de las plataformas ya indicadas, se puede apreciar el auge de este tipo de arrendamiento de vivienda en la jurisprudencia de las audiencias provinciales, que se han enfrentado a la tesis de valorar si en estos supuestos el arrendamiento es de vivienda habitual, aplicando la normativa protecciónista, o si en cambio no se puede considerar como tal por no concurrir en el caso concreto los requisitos del art. 2 LAU. En este último

⁴⁰ CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1137”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 8363-8364.

⁴¹ A este respecto, manifiesta CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1137”, en *Comentarios al Código Civil*, *op.cit.*, pág. 8364: “es sabido, en cambio, que la jurisprudencia superó hace ya tiempo esta norma de no presunción de solidaridad, de forma que puede decirse que en la actualidad el art. 1137 CC ha perdido vigencia por mor de una jurisprudencia *contra legem* que ya se ha convertido en fuente supletoria del Derecho, con el respaldo o sin él del art. 1.3 CC”.

⁴² De hecho, en la SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2013, *op.cit.*, la Audiencia hace referencia, en su fundamento 2º, con cita del TS, a la posibilidad de deducir la solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado, sobre todo, cuando se busca facilitar la garantía de los acreedores, y reitera esta idea en su fundamento 4º mencionando el «plus de garantía» a favor del acreedor. Concluyendo que “Las relaciones entre arrendador y arrendatario, por su naturaleza y la del objeto sobre que recaen, revisten carácter solidario salvo que se demuestre que la voluntad de las partes fue otra (pacto lícito, por supuesto)”.

caso se plantea si se trata de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda y, por tanto, se aplicaría la regulación del Título III LAU o si, directamente, debe quedar excluido del ámbito de aplicación de la ley especial, y sometido al régimen del CC, con la evidente desprotección que deriva de esta decisión.

No ofrece el legislador mayor aclaración sobre estos dos elementos a que se refiere el art. 2 LAU, por lo que, a efectos de determinar si el arrendamiento por habitaciones tiene cabida, o no, dentro de ese *concepto*, han sido las audiencias provinciales las que, al interpretar la norma y aplicarla a los casos concretos (cfr. art. 6.1 CC), han ido precisándolo. No existe, sin embargo, unanimidad en la jurisprudencia menor, sino soluciones dispares. De hecho, las abundantes sentencias son prueba, nuevamente, de la generalización de esta modalidad de convivencia y de la litigiosidad que se ha derivado de la falta de previsión legal. La mayoría de las sentencias resuelven que el arrendamiento por habitaciones no lo es de vivienda habitual, en el sentido del art. 2 LAU. Es esta también la postura mayoritaria de la doctrina⁴³.

Fundamentalmente, el argumento usado para justificar que no se trata de un arrendamiento de vivienda habitual es que, al recaer solo sobre una habitación, aun a pesar de permitirse también el uso de otras habitaciones tales como la cocina, el baño y el salón, no se cumple con los requisitos de habitabilidad⁴⁴. Se definen estos en la jurisprudencia en función de que la edificación sea “adecuada a servir a las necesidades de morada o residencia, donde la persona o familia desarrollan la intimidad de su existencia, constituyendo su hogar o sede de la vida doméstica”⁴⁵. Por otra parte, y queda así cerrada la argumentación de las audiencias, según doctrina del TS⁴⁶, en caso de duda

⁴³ VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M., “Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda”, *op.cit.*, pág. 80; BOTELLO HERMOSA, J.M., “El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, 2016, págs. 51-52; SIMÓN MORENO, H., “Propuestas de regulación para habitar parcialmente una vivienda”, en *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, (dir. Nasarre Aznar, S. y coord. Simón Moreno, H.), Madrid, Edisofer, 2011, págs. 226-229.

⁴⁴ SAP Madrid, Sección 11^a., de 26 de septiembre de 2017 (ROJ: SAP M 12601/2017; ECLI:ES:APM:2017:12601); SAP Madrid, Sección 14^a., de 27 de marzo de 2012 (ROJ: SAP M 5397/2012; ECLI:ES:APM:2012:5397); SAP Madrid, Sección 14^a., de 13 de diciembre de 2006 (ROJ: SAP M 16230/2006; ECLI:ES:APM:2006:16239); SAP Madrid, Sección 9^a., de 28 de marzo de 2019 (ROJ: SAP M 2936/2019; ECLI:ES:APM:2019:2936); SAP Madrid, Sección 14^a., de 10 de julio de 2007 (ROJ: SAP M 8930/2007; ECLI:ES:APM:2007:8930); SAP Madrid, Sección 25^a., de 14 de abril de 2014 (ROJ: SAP M 6122/2014; ECLI:ES:APM:2014:6122); SAP Ciudad Real, Sección 1^a., de 14 de septiembre de 2017 (ROJ: SAP CR 891/2017; ECLI:ES:APCR:2017:891); SAP Valladolid, Sección 3^a., de 15 de diciembre de 2015 (ROJ: SAP VA 1306/2015; ECLI:ES:APVA:2015:1306); SAP Barcelona, Sección 4^a., de 8 de mayo de 2008 (ROJ: SAP B 4276/2008; ECLI:ES:APB:2008:4276); SAP Barcelona, Sección 4^a., de 7 de junio de 2012 (ROJ: SAP B 7857/2012; ECLI:ES:APB:2012:7857); SAP Islas Baleares, Sección 3^a., de 20 de mayo de 2010 (ROJ: SAP IB 1022/2010; ECLI:ES:APIB:2010:1022); SAP Vizcaya, Sección 5^a., de 21 de julio de 2006 (ROJ: SAP BI 1554/2006; ECLI:ES:APBI:2006:1554); SAP Las Palmas, Sección 3^a., de 7 de octubre de 2008 (ROJ: SAP GC 2635/2008; ECLI:ES:APGC:2008:2635).

⁴⁵ SAP Madrid de 10 de julio de 2007, *op.cit.*

⁴⁶ Por todas, la STS, Sala 1^a., de 10 de febrero de 1986, (ROJ: STS 530/1986; ECLI:ES:TS:1986:530) fj 1º: “... que los supuestos en los que exista duda acerca de si la normativa aplicable a un contrato es la general del Código Civil, o la especial, representada en este caso por la Ley de Arrendamientos Urbanos, es obvio que debe concluirse la aplicabilidad de la legislación general dictada para la mayoría de los casos, en lugar

sobre la aplicabilidad de la ley especial o de la norma general, debe recurrirse a esta última que es la que tiene mayor ámbito de aplicación. Ahora bien, otras audiencias provinciales⁴⁷, centrándose en el requisito de la destinación del arrendamiento hacia la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda, entienden que a la vista de la concurrencia en los arrendatarios de habitaciones de, precisamente, esa necesidad, los consideran merecedores de la protección contenida en la LAU. Se apoyan, además, en la literalidad de la norma que, pudiendo haber incluido como requisito que el arrendamiento recayera sobre la totalidad de la vivienda, excluyendo el arrendamiento parcial, no lo hizo.

La relevancia de la conceptualización del arrendamiento por habitaciones como un arrendamiento de vivienda habitual es, como ya se adelantaba, nada menos que un régimen imperativo y protecciónista o, muy por el contrario, un régimen sometido a la libre voluntad de las partes. Las consecuencias se reflejan también en otros ámbitos, por ejemplo, significa cerrar las puertas del Registro de la Propiedad a este tipo de arrendamientos, puesto que no admite la inscripción de un arrendamiento exclusivamente sobre una habitación de una vivienda⁴⁸.

Apoya el arraigo de este tipo en nuestra sociedad, el hecho de que en Cataluña ya se ha previsto su existencia en su Ley de vivienda. Recientemente, se ha modificado la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda, por virtud del Decreto Ley 50/2020, de 9 de diciembre. Se introducen los denominados “alojamientos con espacios comunes complementarios”⁴⁹, indicando los requisitos de habitabilidad que deben concurrir. Se explica en la Exposición de Motivos del Decreto ley que para conseguir la finalidad de facilitar el acceso a la vivienda de alquiler en todos sus niveles (social, asequible o libre), una de las vías es la configuración jurídica de los alojamientos con espacios comunes complementarios, aclarando que, si bien hay una importante demanda “hoy no tiene encaje en el actual marco normativo porque no las prevé”.

de seguir el criterio de la especialidad que representa la aplicación de las normas sociales que componen la Ley de Arrendamientos Urbanos”. Así también en la STS, Sala 1^a., núm. 47/2000, de 24 de enero de 2000 (ROJ: STS 308/2000; ECLI:ES:TS:2000:308).

⁴⁷ SAP Islas Baleares, Sección 4^a., de 12 de junio de 2018 (ROJ: SAP IB 1112/2018; ECLI:ES:APIB:2018:1112); SAP Zaragoza, Sección 5^a., de 26 de octubre de 2006 (ROJ: SAP Z 2355/2006; ECLI:ES:APZ:2006:2355); SAP Barcelona, Sección 4^a., de 18 de mayo de 2005 (ROJ: SAP B 5124/2005; ECLI:ES:APB:2005:5123); SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4^a., de 19 de abril de 2004 (ROJ: SAP TF 761/2004; ECLI:ES:APTF:2004:761); SAP Lugo, Sección 2^a, de 5 de diciembre de 2005 (ROJ: SAP LU 1241/2005; ECLI:ES:APLU:2005:1241); SAP Asturias, Sección 7^a., de 7 de septiembre de 2005 (ROJ: SAP O 3419/2005; ECLI:ES:APO:2005:3419).

⁴⁸ RDGRN de 29 de septiembre de 2017.

⁴⁹ El art. 3 los define como: “la vivienda que, de acuerdo con la normativa de habitabilidad, tiene una superficie del espacio privativo inferior a la fijada para el resto de tipologías de vivienda y que dispone de unos espacios comunes complementarios ajustados a los requisitos mínimos y de calidad establecidos en la normativa mencionada” y los espacios complementarios: “los espacios de uso compartido de un edificio, otros que los elementos comunes establecidos como obligatorios por la normativa que, de acuerdo con el nivel de calidad exigido por la normativa de habitabilidad, complementan el uso y disfrute de los espacios privativos de todos o parte de las viviendas o alojamientos que comprende el edificio”.

2.2.D. Cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso

Al objeto de valorar la adecuación o inadecuación de nuestro sistema arrendatario a la realidad social y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, interesa además señalar que puede ocurrir que la vivienda arrendada sea propiedad de una cooperativa de viviendas. Las normas estatales y autonómicas reguladoras de las cooperativas suelen incluir disposiciones específicas para las llamadas cooperativas de viviendas. Así, la Ley estatal 27/1999, de cooperativas, les dedica cuatro artículos, entre los que se recoge la posibilidad que aquí interesa y que consiste en la cesión del uso de la vivienda a los socios por la cooperativa, que retiene la propiedad de la misma.

En concreto, el art. 89 Ley de Cooperativas dispone que: “3. La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho. Cuando la cooperativa retenga la propiedad de las viviendas o locales, los Estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de éstos y de la cooperativa, pudiendo prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute de la vivienda o local con socios de otras cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad”.

En la práctica, esta modalidad está despertando el interés tanto de posibles usuarios, como de la doctrina que ha comenzado a analizar y estudiar esta figura. Se reconoce en el régimen de cesión de uso de las viviendas la materialización en nuestro ordenamiento de la llamada vivienda colaborativa⁵⁰.

Ahora bien, la figura suscita cuestiones que no están resueltas por el legislador. En principio, parece que las disposiciones estatutarias desplazarían a las normas de la Ley de arrendamientos urbanos, que quedarían sin aplicación, pero surge la duda de la normativa aplicable en lo no previsto por los estatutos. En otras palabras, se hace preciso determinar el contenido de la relación que surge entre la cooperativa y el socio usuario de la vivienda, que presenta diferencias con la existente entre arrendador y arrendatario. También es necesario establecer cuál es el juego del principio de autonomía de la voluntad en este ámbito.

2.2.E. El arrendamiento de vivienda no habitual. El denominado “arrendamiento de temporada”

En este supuesto, la inadecuación deriva de la propia falta de una tipología más amplia, la LAU solo se refiere a un tipo de arrendamiento de vivienda, por lo que, necesariamente, el arrendamiento de temporada tiene que incluirse entre los arrendamientos “para uso distinto al de vivienda” del art. 3 LAU, que los somete a la regulación establecida en el

⁵⁰ SIMÓN MORENO, H., “Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, vol. 134, 2020, e69165, pág. 2, DOI: <https://dx.doi.org/10.5209/REVE.69165>.

Título III, claramente diseñada para un arrendamiento de un local en el que se ejerza una actividad comercial o profesional, como ya se ha explicado.

Esta modalidad de arrendamiento urbano, que también recae sobre una vivienda, no es, en absoluto, una figura de nueva aparición en nuestra sociedad. No obstante, no ha conseguido aun el legislador establecer un régimen adecuado para estos arrendamientos. Muy por el contrario, los ha relegado a compartir el régimen de los arrendamientos para uso distinto de vivienda, situándolos en el mismo grupo de arrendamientos, que, indudablemente, está diseñado para atender las necesidades de arrendatarios de espacios en los que se ejerce una actividad empresarial (*vid.* apartado anterior para ejemplos de artículos del Título III).

2.2.F. El arrendamiento de una vivienda turística

Con la normativa actual, en concreto, con el desafortunado art. 5 LAU, se genera una situación de dualidad de regímenes para el arrendamiento de una vivienda turística, ya sea el CC o el Título III LAU. En cualquier caso, ninguno de los dos regímenes posibles a los que puede quedar sometida la relación contractual se creó para los concretos problemas que pueden plantearse en ella. Baste recordar que el CC es del año 1889 y sus redactores no pensaron en absoluto -ni naturalmente podían- en el arrendamiento de viviendas turísticas. No podían prever la necesidad de regular la cancelación de la reserva⁵¹, el desistimiento, entre otros muchos aspectos propios y exclusivos de este tipo de arrendamiento de vivienda. Tampoco el Título III LAU puede responder a las particularidades de este tipo de arrendamiento pues, como ya se ha explicado en el apartado anterior, es heredero de una regulación que se centraba exclusivamente en los locales de negocio. El régimen que actualmente se aplica a los arrendamientos de viviendas turísticas, tanto si es el del CC como si es el del “arrendamiento para uso distinto de vivienda” no resuelve los particulares problemas que estos arrendamientos turísticos suscitan⁵².

3. LOS TIPOS DE ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN EL DERECHO ALEMÁN⁵³

Al objeto de formular propuestas dirigidas a mejorar el sistema arrendaticio español, conviene conocer las soluciones adoptadas en otros países, sobre todo, aquellos que

⁵¹ Para un estudio detallado sobre la cancelación de la reserva se puede consultar: GÁLVEZ CRIADO, A., “El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, Universidad de Cádiz, 2021, págs. 65-102, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.4>.

⁵² Al igual que respecto del arrendamiento de la vivienda habitual, el arrendamiento de habitaciones también suscita importantes cuestiones jurídicas en el ámbito del arrendamiento turístico. En este sentido, se puede consultar QUESADA SÁNCHEZ, A., “La cesión de viviendas turísticas por habitaciones: situación legal en España y propuestas razonables”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, págs. 279-313.

⁵³ Nota aclaratoria sobre la cita de la bibliografía alemana: se ha seguido el sistema de citas alemán para facilitar la consulta de la bibliografía citada en este artículo, y que consiste en exponer la “Rn” que es el

cuenten con una regulación completa y reciente y en la que la opción del arrendamiento sea una verdadera alternativa a la compraventa para acceder a la vivienda. El ordenamiento alemán responde a ambas premisas, por lo que resulta oportuno su estudio.

Con carácter previo, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la evolución del Derecho arrendaticio alemán ha sido similar a la del Derecho español, en el sentido de que, si bien el Código civil alemán (en adelante, BGB) ha recogido desde su primera redacción la regulación del arrendamiento, lo cierto es que la evolución de las necesidades económicas y de la sociedad han inspirado al legislador alemán a dictar leyes de modificación de las normas contenidas en el mismo, algunas con mayor alcance y duración, así como leyes especiales para regular aspectos concretos como la protección del arrendatario frente a la extinción sin justa causa por el arrendador; o la limitación del precio del alquiler. Finalmente, ante la dispersión de las distintas modificaciones y leyes especiales, se hizo necesario modificar el BGB para adecuarlo a la realidad social y económica y para simplificar la regulación sobre arrendamientos, unificándola en un solo cuerpo legal. La nota diferenciadora entre la evolución española y la alemana es que la regulación sobre arrendamientos está recogida actualmente solo en el BGB, exceptuándose únicamente aquellos que, por pertenecer al ámbito público, no tienen cabida en un Código de Derecho privado⁵⁴, mientras que en el Derecho español es la ley especial, la LAU, la que se refiere a los arrendamientos de vivienda, en la forma ya explicada, siendo el CC supletorio, salvo para aquellos tipos que queden excluidos del ámbito de aplicación de la LAU.

Concretando aún más lo expresado en las líneas anteriores, el BGB se centra especialmente en el arrendamiento de viviendas (*Wohnraummietrecht*)⁵⁵, para el que establece, implícitamente, distintos tipos, según la finalidad perseguida, la duración y los intereses intervenientes en la relación arrendaticia, como se explicará a continuación. Fuera de los distintos supuestos de arrendamiento que pueden recaer sobre una vivienda, se regulan también por el BGB el arrendamiento de los denominados “Räume”, que se puede traducir como estancias o habitaciones, sin que deba confundirse con estancias destinadas a vivienda; y arrendamientos sobre solares, locales y barcos, que escapan al estudio pretendido, pero que sirven de indicio sobre el empeño del legislador alemán en

número del apartado que contiene la cita y el artículo o parágrafo comentado, así como el autor que realiza el comentario. Respecto de las leyes, se indica el Boletín en el que ha sido publicada. Las Exposiciones de Motivos se han citado con el nombre original “Drucksache” y la referencia.

⁵⁴ Drucksache 45/4553, p. 35.

⁵⁵ Se habla de arrendamientos de vivienda (*Wohnraummiete*) cuando las distintas habitaciones que se ceden en arrendamiento deben servir a las necesidades de vivienda del arrendatario y/o de su familia (BLANK, “Vorbemerkung zu §535 BGB”, en *Mietrecht*, (dir. Schmidt-Futterer), München, C.H. Beck, 14^a. ed, 2019, Rn. 94; BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, en *BeckOK Mietrecht*, (dir. Schach, Schultz y Schüller), 2021, Rn. 2). No obstante, debe tenerse en cuenta la diferencia entre los términos “Wohnraum” y “Wohnung”, pues, como explica BLANK (“Vorbemerkung zu §535 BGB”, *op.cit.*, Rn. 101) bajo “Wohnraum” se engloba cualquier espacio o habitación que se arriende con finalidad de servir como vivienda, mientras que la “Wohnung” es aquel conjunto de habitaciones que permiten la relevancia personal y económica de un hogar (*Haushalt*), lo cual incluye la cocina, agua, etc.

establecer una normativa apropiada para cada arrendamiento en función del objeto sobre el que recae y la finalidad a la que se destine el mismo.

Basta con consultar el índice del BGB, para conocer la sistemática que sigue este cuerpo legal para regular el arrendamiento: se establecen disposiciones generales aplicables a todos los tipos de arrendamiento, con independencia de su objeto (§§ 535 a 548 BGB), salvo que queden expresa o tácitamente modificados por las normas específicas; en segundo lugar, normas específicas para los arrendamientos que tienen por objeto una vivienda (§§ 549 a 577.a BGB); y, finalmente, las normas para aquellos arrendamientos que tienen por objeto otras cosas -las ya mencionadas estancias, solares, locales y barcos- (§§ 578 a 580.a BGB). Esta estructura, que se introdujo en el BGB para aportar claridad y facilitar la regulación de los arrendamientos, fue obra de la Ley de reforma del arrendamiento de 19 de junio de 2001⁵⁶. Hasta ese año en el BGB no se diferenciaba según el objeto sobre el que recayera el arrendamiento⁵⁷, mientras que en diversas leyes especiales se recogían normas específicas, sobre todo, para los llamados arrendamientos de vivienda⁵⁸, para los que, a partir del año 1960, se había iniciado la constitución de un Derecho de arrendamiento de vivienda de carácter social (*soziales Wohnraummietrecht*), que es aquel que tiene por objeto la vivienda concebida como el punto central de la vida del individuo (*Lebensmittelpunkt*), lo que hacía necesario establecer una normativa adecuada a la importancia que para el individuo representa dicha vivienda. Tanto es así, que el arrendamiento de vivienda se equipara, en cuanto a la protección que merece, al derecho de propiedad que regula el art. 14 de la Constitución alemana⁵⁹ (en adelante,

⁵⁶ En efecto, en la Exposición de motivos de la Ley de Reforma del Arrendamiento de 2001 (*Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts o Mietrechtsreformgesetz*, BGBI. I 2001 pág. 1149) se explica que las distintas modificaciones efectuadas en los años 1960, 1963, 1964, 1967, 1971, 1974, 1982, 1990, 1993, 1995 y 1996 habían creado un régimen disperso, sobre todo, referente a aquellos arrendamientos cuyo objeto fuera una vivienda, de tal manera que diferentes normas esenciales del régimen del arrendamiento de vivienda estaban repartidas en varias leyes especiales, y no en el BGB. (Drucksache 43/4335, págs. 34-35).

⁵⁷ Con anterioridad a la reforma, en el 2º Libro del BGB, apartado 7º, Título 3º se regulaba en el capítulo I el alquiler, en los §§ 535-580a, sin subdividirlo en capítulos, como se hace a partir de la reforma.

⁵⁸ Por ejemplo, se regulaba la protección frente a la declaración de extinción del arrendamiento por el arrendador y frente a la modificación al alza de la renta, salvo para equipararla a la renta comparativa, en la Ley de 25 de noviembre de 1971, sin embargo, dado que su vigencia era limitada (hasta el 31 de diciembre de 1974), y a la vista de los resultados positivos que se habían logrado con ella, se dictó la Ley de 21 de diciembre de 1974 que se encargaría de introducir la normativa en el BGB. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley de 1974 se indica que, aunque fuera temporal la primera ley, era recomendable trasladar la normativa al BGB, a la vista de la disminución de los procedimientos judiciales (Drucksache 7/2011, pág. 7).

⁵⁹ El art. 14 de la Constitución alemana establece que: “(1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. (3) La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios”.

GG), sobre todo, a partir de la doctrina sentada en la sentencia de 26 de mayo de 1993 del Tribunal constitucional alemán⁶⁰ (en adelante, BVerfG).

Es esta la razón fundamental que hacía necesaria, según el legislador alemán, una nueva estructura para la regulación de los arrendamientos⁶¹, sin perjuicio del contenido que también debía unificarse y, sobre todo, modernizarse, pues al igual que ocurre respecto de la regulación del arrendamiento en el CC español, la regulación contenida en nuestros respectivos códigos es muy antigua, el año 1896, en el caso del BGB, y el año 1889, respecto del CC español. Mientras que en la regulación del arrendamiento español que recoge el CC solo se ha modificado un artículo desde que se publicara a finales del siglo XIX⁶², el legislador alemán, en el año 2001 apreció la acuciante necesidad de modernizarlo. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley de 2001 se explica que desde el año 1896, las relaciones sociales y económicas han cambiado sobremanera y los intereses merecedores de protección respecto de cada una de las partes del contrato se han ido desplazando.

De una lectura detallada de la normativa, cabe diferenciar, por un lado, entre arrendamientos que recaen sobre la vivienda, cuando esta debe servir como el lugar que representa el centro de la vida del individuo, a los que les resultan aplicables la totalidad de la normativa protecciónista diseñada por el legislador alemán, sin perjuicio de que,

⁶⁰ En concreto, la interpretación que hace el Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia de 26 de mayo de 1993 (Ref.: 1 BvR 208/93), consiste en equiparar el derecho de propiedad y el derecho posesorio del arrendatario, pues ambos recaen sobre la vivienda que no es sino el eje central de la vida del individuo y como tal merece la máxima protección jurídica, que se manifiesta a través de diversos mecanismos: de un lado, el mandato al legislador de procurar la protección oportuna del derecho del arrendatario, plasmándola en la legislación; y, de otro, legitimando al arrendatario para ejercitarse su derecho a tutela judicial no solo ante los tribunales civiles ordinarios, sino incluso ante el BVerfG con base en dicho art. 14 GG. Los principales fundamentos jurídicos que llevan a la respuesta afirmativa del BVerfG de que el derecho posesorio derivado del contrato de arrendamiento sobre la vivienda arrendada constituye propiedad en el sentido del art. 14 GG, y por ende, merecedor de la garantía que recoge dicho precepto son los siguientes: en primer lugar, aclara qué debe entenderse por “propiedad” en el sentido que le atribuye el art. 14 GG, pues se refiere a todo derecho patrimonial que faculte a su titular para el uso privado y propio de la cosa. En cuanto a la garantía que el art. 14 del GG ofrece para el titular del derecho correspondiente, consiste en permitirle desarrollar su vida privada de forma independiente (FD 2.a). En segundo lugar, señala que la vivienda constituye el punto central de la existencia de cada particular, pues es en esta vivienda en la que el particular desarrolla su personalidad, con independencia y libertad, y satisface las necesidades básicas de su vida. Sin embargo, y por ello se entiende aplicable el art. 14 GG al arrendamiento, recuerda que no todas las personas pueden adquirir una vivienda en propiedad, sino que debe recurrir a otras vías de acceso a la vivienda, en concreto, al arrendamiento. Para el arrendatario, el derecho de posesión que deriva de la celebración del contrato de arrendamiento, supone la vía para conseguir ese desarrollo de su personalidad y la satisfacción de sus necesidades básicas.

⁶¹ Drucksache 14/4553, pág. 35.

⁶² El único artículo del CC que ha sido reformado en materia de arrendamientos es el art. 1548 que en su redacción original establecía: “El marido relativamente a los bienes de su mujer, el padre y tutor respecto a los del hijo o menor, y el administrador de bienes que no tenga poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años”, fue modificado en 1975 y, nuevamente, en 2021, a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La redacción actual establece que: “Los progenitores o tutores, respecto de los bienes de los menores, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.”

como veremos, haya establecido particularidades para los supuestos en que el arrendamiento sea de duración determinada o se trate de una vivienda arrendada al trabajador del arrendador. Por otro lado, habida cuenta de que hay arrendamientos que pueden recaer sobre una vivienda, sin que esta represente el punto central de la vida del individuo, y que, por ende, no requieren de un nivel máximo de protección, el legislador alemán ha determinado distintos tipos, especificando cuáles son las normas que no resultarán aplicables de ese régimen social y proteccionista. Se encarga de ello el § 549 BGB⁶³.

En definitiva, el grado máximo de protección se atribuye en el ordenamiento alemán para el caso en que la vivienda es el centro de la vida del individuo y se concreta en los siguientes derechos: limitación de la renta, extinción del contrato a instancia del arrendador solo si existe un motivo importante, y posibilidad del arrendatario de oponerse a la extinción alegando un perjuicio grave. Precisamente, para los tipos que señala el parágrafo 549 BGB, se dispone la no aplicación de las normas de protección, por estimarse innecesarias⁶⁴ -por distintas razones que se analizarán por separado- o, al menos, en su totalidad. Parece conveniente, por tanto, exponer brevemente en qué consisten estas medidas proteccionistas y el alcance que tienen respecto de la libertad de pacto para los contratantes.

3.1. El arrendamiento de la vivienda que sea el centro de la vida del individuo: principales medidas proteccionistas

3.1.A. Las causas de extinción del contrato y el derecho de oposición del arrendatario

Por regla general, el arrendamiento de vivienda en el Derecho alemán es de duración indefinida, estableciendo el legislador causas ordinarias y extraordinarias que permiten al arrendador extinguir el contrato, cumpliendo con unos requisitos de forma y plazo. El contrato es de duración indefinida por cuanto que el objeto del mismo es la vivienda como centro de la vida del arrendatario, quien, en principio, pretende establecerse en esa vivienda y en esa zona urbana con vocación de permanencia. Mientras que al arrendador no se le causan mayores perjuicios si el arrendatario decide abandonar la vivienda, ya que

⁶³ Con anterioridad a la reforma efectuada en el año 2001, las distintas excepciones a las normas para los tipos de arrendamientos que recayeran sobre una vivienda, se anunciaban en cada uno de los artículos de la regulación, lo que complicaba en exceso una visión global sobre las excepciones a las normas generales. Por ejemplo, en la versión vigente entre el 1 de marzo de 1996 al 1 de septiembre de 2001, se enumeran en el parágrafo 564b BGB las causas que permiten al arrendador dar por terminado el arrendamiento, diferenciando entre arrendamientos de vivienda en sentido estricto y otros arrendamientos que recaen sobre una vivienda, pero en los que concurren circunstancias especiales, ya sea por la duración, o por tratarse de un arrendamiento compartido con el propietario de la vivienda. En estos casos, las causas para dar por terminado el contrato son distintas. De hecho, para la mayoría de los supuestos, directamente se aclara que la normativa anterior no resultará aplicable a los arrendamientos enumerados. A raíz de la modificación se recogen en un solo artículo, el § 549 BGB, los distintos tipos de arrendamiento sobre viviendas que existen, y las normas que resultan aplicables o, más concretamente, las que no resultan aplicables.

⁶⁴ Como confirma la Exposición de Motivos de la Ley de 2001, las excepciones a la aplicación de la normativa referida a los arrendamientos de vivienda se concretan en la protección del arrendatario frente a la resolución por el arrendador y las limitaciones al precio del alquiler (Drucksache 14/4553, p. 45).

este deberá notificarlo con tiempo suficiente para que el arrendador pueda buscar un arrendatario alternativo; para el arrendatario, asentado en esa vivienda y en la zona urbana, una extinción por parte del arrendador sí puede tener consecuencias relevantes. Sobre todo, a la vista de la dificultad en muchos casos de encontrar una vivienda de similares características que esté ubicada en la misma zona en la que el arrendatario ya había establecido lazos con el entorno urbano.

El ejercicio del derecho a extinguir de forma unilateral el contrato es, precisamente, la herramienta diseñada por el legislador para terminar un arrendamiento pactado por tiempo indefinido⁶⁵, de forma que, ejercitado por cualquiera de los interesados, en caso del arrendatario, sin necesidad de invocar una causa justificada, y en caso del arrendador, debiendo hacerlo bajo pena de nulidad⁶⁶, se extinguirá el arrendamiento una vez transcurrido el plazo pactado o derivado de la ley. Las causas de extinción unilateral del contrato pueden ser ordinarias⁶⁷ o extraordinarias, y las extraordinarias, a su vez, pueden

⁶⁵ Conforme al § 542 del BGB, cada una de las partes contratantes puede extinguir unilateralmente el contrato de arrendamiento conforme a las reglas recogidas en el código, teniendo en cuenta que, si en el contrato se pactó una duración determinada, el arrendamiento terminará cuando finalice dicha duración, salvo que concurra una de las causas de extinción extraordinarias (§ 575 a BGB) o se prorrogue la duración del contrato.

⁶⁶ El § 573 a BGB incluye una excepción a la necesaria concurrencia de una causa justificada y es que el arrendador viva en el mismo edificio que el arrendatario, y dicho edificio solo este compuesto por la vivienda habitada por el arrendatario y la suya propia, es decir, dos viviendas. Esta excepción se refiere también al supuesto de que arrendador y arrendatario compartan vivienda, salvo que, en cumplimiento de lo dispuesto en el § 549 apartado 2º número 2º del BGB, quede excluido de la normativa protectora.

⁶⁷ Las causas ordinarias para extinguir el contrato, conforme al § 573 del BGB son: (i) que el arrendatario incumpla de forma culposa las obligaciones derivadas del contrato, siempre que no se trate de un incumplimiento irrelevante; (ii) que el arrendador necesite la vivienda para sí mismo, para un familiar o pariente, o para un conviviente, siempre que esa necesidad no la conociera con carácter previo a la celebración del contrato, pues en tal caso debería haber optado por un arrendamiento por tiempo definido, conforme al § 575 BGB; y, (iii) que el arrendamiento vigente le impida una revalorización de la vivienda y, como consecuencia, pérdidas importantes, siempre que su intención no sea arrendar nuevamente la vivienda para lograr una renta superior, pues lo prohíbe expresamente el § 573 del BGB.

estar sometidas a plazo de preaviso⁶⁸ o no⁶⁹. Para poder declarar unilateralmente la extinción del contrato, el arrendador deberá notificárselo por escrito al arrendatario, incluyendo expresamente la causa que justifica la extinción e informándole de la posibilidad de oponerse, así como de la forma y el plazo para hacerlo (§ 568 BGB). En caso de incumplimiento de la obligación del arrendador de exponer la causa justificada, la declaración será nula por falta de forma⁷⁰.

Así pues, el legislador prevé distintas causas que legitiman al arrendador para emitir dicha declaración, siempre y cuando se trate de una de las causas enumeradas en la ley o de un supuesto asimilado a aquellas⁷¹. Además, la causa que se presente como justificación de la extinción del contrato debe ser grave o importante. Y, aun ante la efectiva concurrencia

⁶⁸ A lo largo del articulado del BGB, se determinan supuestos en los que cabe extinguir unilateralmente el contrato por causa extraordinaria, pero este derecho queda sometido a un plazo de preaviso, en concreto, al mismo plazo que establecen el § 573 y § 573 a BGB para la extinción por causas ordinarias. Los supuestos son los siguientes: el § 540 del BGB se refiere a la negativa del arrendador a consentir el subarriendo o cesión por parte del arrendatario a un tercero, que justifica que el arrendatario desista de forma extraordinaria, pero con sujeción a los plazos señalados. Este derecho de desistimiento decae si en la persona del tercero concurre una causa importante que justifique la negativa del arrendador. Otra causa se recoge en el § 555.e BGB que permite al arrendatario desistir del contrato si el arrendador le notifica que va a llevar a cabo obras de modernización en la vivienda; y en el § 561 BGB tras una elevación de la renta, aun a pesar de realizarse por los medios dispuestos para ello. Finalmente, para el caso de la subrogación *mortis causa*, el § 563 BGB otorga el derecho de desistimiento al arrendador si en la o las personas que se subroguen en la posición del arrendatario fallecido concurre una causa importante que justifique que no deseé continuar con el arrendamiento. A su vez, el § 563 a BGB prevé, ante un arrendamiento compartido por varios arrendatarios, que, ante el fallecimiento de uno de ellos, continúe el arrendamiento con los sobrevivientes, salvo que en el plazo de un mes desde que tengan conocimiento del fallecimiento, desistan del contrato. De no existir las personas que según la norma tienen derecho a subrogarse en la posición del arrendatario, este derecho recaerá sobre su heredero. Tanto el heredero como el arrendador contarán con el plazo de un mes para desistir del contrato, bien desde el fallecimiento del arrendatario o desde la fecha en la que tengan constancia de que las personas con derecho a subrogarse hayan decidido no hacerlo (§ 564 BGB).

⁶⁹ De una lectura conjunta de los §§ 543, disposición general, y § 569, disposición específica referida al arrendamiento de vivienda, se extrae una regla general según la cual cualquiera de las partes podrá declarar unilateralmente la extinción del contrato sin sujeción a plazo alguno, siempre que medie una causa justificada para ello. El propio precepto define el concepto de “causa justificada” indicando que existirá cuando, considerando todas las circunstancias del caso concreto, sobre todo, un endeudamiento o incumplimiento, y ponderando los intereses de ambos, no sea razonable obligar a la parte afectada a continuar con el arrendamiento hasta que expire la duración pactada en el contrato o el plazo que establece la ley. Las causas concretas que enumera el precepto son: (1) respecto del arrendatario, si no le ha sido entregado el uso de la cosa arrendada en su totalidad o parcialmente, o si una vez entregada se le retira posteriormente y si de las características de la vivienda se deriva un riesgo grave de enfermar (2) en cuanto al arrendador, si el arrendatario amenaza con dañar considerablemente la cosa arrendada por un uso contrario a la diligencia debida o le cede el uso de la cosa a un tercero sin consentimiento del arrendador y la falta de pago de dos rentas consecutivas o de una cantidad considerable de dichas rentas, o la falta de pago en un periodo superior a esos dos meses consecutivos, si la cantidad debida equivale a la renta de dos meses; y (3) que cualquiera de las partes interrumpa el uso pacífico de la vivienda (*Hausfrieden*), de tal manera que, considerando las circunstancias del caso, los posibles incumplimientos que concurran y los intereses de cada parte, el mantenimiento del arrendamiento por la duración pactada o una plazo de preaviso marcado por la ley, no pueda razonablemente imponerse a la parte perjudicada.

⁷⁰ MEHLE, “§542 Ende des Mietverhältnisses”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 20.

⁷¹ Otra vía para extinguir el contrato sería el mutuo disenso, admitido con base en el apartado 1º del § 311 del BGB (MEHLE, “§542 Ende des Mietverhältnisses”, *op.cit*, Rn. 129).

de una causa de tal gravedad o importancia, ya sea de las expresamente enumeradas o de una de similar contenido y entidad, el arrendatario dispone de una herramienta que sirve de barrera jurídica al efecto de la declaración de extinción unilateral. Se trata de la oposición fundada en el perjuicio grave (*Härte*)⁷² que se derivaría para el arrendatario en caso de extinguirse el arrendamiento. De oponerse a la extinción, será el juzgado competente el que bareme los intereses concurrentes –de arrendador, de un lado, y arrendatario, del otro-, para determinar el de mayor necesidad⁷³. Una vez ponderados los intereses, el arrendatario puede solicitar que el arrendamiento continúe por todo el tiempo que, a la vista de las circunstancias, sea razonable. Se justifica esta protección del arrendatario frente a la extinción del arrendamiento, según la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1974 que lo introdujo definitivamente en el BGB, por cuanto que de la propia Constitución alemana (art. 20⁷⁴) se deriva el deber del Estado Social de proteger al arrendatario cumplidor de sus obligaciones de una extinción arbitraria del arrendamiento de una vivienda que para él representa el centro de su misma existencia⁷⁵.

Como ya se ha dicho, la duración indefinida es la regla general, pero no la única posibilidad permitida. Los principios configuradores de la reforma de 2001 y que debían informar la regulación contenida en el BGB eran la garantía de la propiedad, dentro de la función social a la que debe atender el propietario, la responsabilidad del arrendatario respecto de la cosa arrendada, y la cooperación entre arrendador y arrendatario. Lo que, en palabras del legislador alemán, también significa que en determinados casos no esté justificada la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes⁷⁶, para no provocar que para los arrendadores no fuera económicamente interesante o conveniente ofrecer sus viviendas en alquiler, a la vista de las medidas recogidas en la regulación⁷⁷. Se debe esta

⁷² Aclara el mismo § 574 BGB que una manifestación del perjuicio grave sería que no exista una vivienda alternativa con condiciones asumibles por el arrendatario. Sin embargo, no podrá oponerse si concurre alguna de las causas que justifican que el arrendador desista de forma extraordinaria y sin plazo de preaviso del contrato, pues dada la gravedad de las causas que suelen justificar este desistimiento extraordinario, ni siquiera una oposición por perjuicio grave puede invalidarlo.

⁷³ Un buen ejemplo de esta baremación se puede apreciar en la reciente sentencia de 25 de mayo de 2021 (ECLI:DE:LGBE:2021:0525.67S345.18.0A), en la que el *Landesgericht* de Berlín rechazó la evicción de la arrendataria de 89 años, aun concurriendo una causa justificada de necesidad del arrendador, valorando que la edad de la arrendataria unida a sus graves problemas de salud constituyan un perjuicio suficientemente grave en caso de evicción para permitir su permanencia en la vivienda arrendada.

⁷⁴ Según el art. 20 GG: “(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.” Traducción disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> [Última consulta: 14 julio 2021]

⁷⁵ Así se establece en la Exposición de Motivos (Drucksache 7/2011, p.7): “Bei der überragenden Bedeutung der Wohnung als Lebensmittelpunkt des menschlichen Daseins gebietet die Sozialstaatverpflichtung des Grundgesetzes (Artikel 20), den vertragstreuen Mieter vor willkürlichen Kündigungen und damit dem Verlust seiner Wohnung zu schützen”.

⁷⁶ Drucksache 14/4553, p. 34.

⁷⁷ Un ejemplo importante de que la regulación social del arrendamiento de vivienda podía limitar la inversión por parte de los propietarios y la oferta de vivienda es que no estaba permitido el arrendamiento

aclaración al hecho de que, en los años anteriores, el sistema protecciónista (*sociales Mietrecht*) se centraba principalmente en medidas protecciónistas para el arrendatario, desatendiendo al arrendador, lo que debía evitarse en aras de conseguir aumentar la oferta.

Esta idea es la que ha llevado al legislador a introducir tipos dentro del arrendamiento de vivienda, y a tomar en consideración circunstancias particulares que requieren, para que el sistema funcione, apartarse de algunas normas generales y protecciónistas. Así, por ejemplo, se introducen los arrendamientos de duración determinada, aun a pesar de ser la regla general en el arrendamiento alemán, la del contrato de duración indefinida. Precisamente por tratarse de una excepción, los arrendamientos por duración determinada solamente serán válidos cuando respondan a circunstancias especiales y tasadas por el legislador en el § 575 BGB, entre otros, la necesidad previsible del arrendador de usar la vivienda o el proyecto de reforma u obras, existente al tiempo de celebrar el contrato.

Dada la posibilidad que tiene el arrendatario de oponerse a la declaración del arrendador de extinguir el contrato, los propietarios han preferido no arrendar viviendas vacías, por prever las dificultades de desalojar al arrendatario, aun a pesar de concurrir circunstancias para ello. Así, el arrendador se enfrentaba a la complejidad de tener que demostrar la concurrencia de la necesidad o del proyecto de obra, y a desvirtuar las causas de oposición del arrendatario. A efectos de animar al propietario a arrendar las viviendas que, en otro caso, quedarían vacías, se introduce el arrendamiento de duración determinada, siempre que concurran las citadas causas, y se identifican también las normas específicas que no pueden resultar aplicables, puesto que impedirían el efecto que se quiere conseguir, que es la temporalidad determinada del arrendamiento y la certeza de que, llegado el vencimiento pactado, el arrendamiento se extingue, salvo pacto de prórroga. Incluso, si se dan las circunstancias, se admite también una extinción unilateral por causa extraordinaria sometida a los plazos legales⁷⁸, pero se declaran no aplicables las normas que permiten al arrendatario extender la duración del arrendamiento, sin que se produzca indefensión para este a la vista del conocimiento previo que tiene de la fecha exacta de terminación del arrendamiento. Para reforzar la seguridad del arrendador, se introducen las normas procedimentales oportunas para desahuciar al arrendatario en caso de negativa de abandono de la vivienda. Un detalle importante que el legislador ha tenido en cuenta al establecer esta normativa, es que es posible que la causa que justificaba un contrato temporal desaparezca, en cuyo caso, y a la vista de la normativa general que impera en el

de duración determinada hasta 1982, año en el que se introduciría esta posibilidad cuando concurriera una causa justificada como la necesidad declarada del arrendador de ocuparla o bien que hubiera una importante obra proyectada. De esta manera, hasta tanto se produjera la causa la vivienda no permanecería vacía, sino que podía ofrecerse en arrendamiento.

⁷⁸ Un caso concreto es el recogido en el § 544 BGB, que regula el contrato de arrendamiento de vivienda por más de 30 años, estableciendo que, llegado el término pactado, cualquiera de las partes tiene derecho a extinguir el contrato, salvo que el contrato sea vitalicio. La relevancia del ejercicio o no del derecho de extinguir el contrato, es que en su ausencia puede prorrogarse el contrato indefinidamente, si el arrendatario continúa usando la vivienda, y ni arrendador ni arrendatario manifiestan su voluntad en contra de la prórroga en el plazo de dos semanas (§ 545 BGB). No obstante, las partes pueden excluir esta posibilidad en el contrato, pues es una norma dispositiva (MEHLE, “§545 Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 4).

sistema alemán de indeterminación temporal del contrato, solamente podrá darse por terminado el mismo si concurren las causas generales de extinción del contrato.

3.1.B. La limitación a la elevación de la renta vigente el arrendamiento y el límite a la libre determinación inicial de la renta

En cuanto a los límites que impone el legislador alemán a la libertad de los contratantes de determinar la renta, se puede diferenciar entre la limitación a la determinación inicial de la renta al celebrar el contrato (§556d-g BGB), que solamente se establece en determinados territorios que han sido previamente declarados como “mercados tensos de vivienda” en los que es especialmente difícil para potenciales arrendatarios de rentas bajas y medias encontrar una vivienda, y las normas para modificarla durante la vida del contrato (§557-559 BGB)⁷⁹.

El criterio base al que deben atenerse los contratantes es el de la *ortsübliche Vergleichsmiete* (renta comparativa del lugar), un concepto jurídico indeterminado que se delimita en el § 558 del BGB, indicando que es aquel valor determinado por rentas habituales de ese municipio o un municipio comparable, para viviendas de similar estilo, tamaño, equipamiento, características, ubicación y eficiencia energética de los últimos cuatro años. Asimismo, en el § 558 a BGB, se enumeran algunas herramientas que sirven para justificar la fijación de la renta comparativa, por ejemplo, los baremos de rentas de viviendas arrendadas o la base de datos de rentas.

Este criterio va a suponer un límite tanto al fijar la renta inicial de determinados arrendamientos, como para actualizar la renta posteriormente. Estando vigente el arrendamiento, los contratantes son libres de pactar una renta diferente a la inicialmente acordada (§557 BGB), sin embargo, dado que en la mayoría de los supuestos será el arrendador el que pretenda modificarla al alza, este tipo de pacto es poco probable. También pueden elegir entre dos sistemas denominados, respectivamente, *Staffelmiete* (renta escalonada, § 557 a)⁸⁰, en la que se pactan distintas subidas de la renta para fechas futuras, perfectamente determinadas⁸¹, e *Indexmiete* (renta por índice, § 557 b), en la que

⁷⁹ Cabe mencionar dos límites adicionales regulados en otros cuerpos legales: de un lado, el § 5 del *Wirtschaftsstrafgesetz* (en adelante, WiStG) dispone que actúa de forma contraria al ordenamiento quien de forma dolosa o imprudente exija o acepte el pago o la promesa de pago de una renta inadecuada, y como tal define la renta comparativa incrementada en más de un 20 por ciento. Además, se exige que el arrendador haya aprovechado la escasez de vivienda y el esfuerzo del arrendatario para acceder a una vivienda, para asegurarse ese sobreprecio (BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, München, C.H.Beck, 2^a. ed, 2016, Capítulo 5, Rn. 20). Este pacto, que sería nulo conforme al § 134 BGB, y el pago derivado de él, pueden ser rechazados por el arrendatario. A mayor abundamiento, se prevé la posibilidad de imponer una multa al arrendador. Finalmente, el código penal alemán prevé en su § 291, que constituye delito que un arrendador consiga la promesa de pago de una renta que supere en un 50 por ciento la renta comparativa.

⁸⁰ BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, op.cit., Capítulo 6, Rn. 23, menciona que también se puede pactar una *Staffelmiete* a la inversa, esto es, que la renta vaya disminuyendo en el futuro.

⁸¹ Un dato interesante es que, en caso de pactar una renta escalonada, las partes pueden pactar que el arrendatario no pueda extinguir unilateralmente el contrato por un plazo de hasta cuatro años, pues no

se pacta entre las partes que la renta sufrirá el aumento correspondiente a aplicarle el índice del coste de vida de todos los hogares privados en Alemania (hoy denominado Índice de Precios al Consumo - VPI) publicado por la Oficina Federal de Estadística.

En defecto de pacto, y a la vista de que el arrendador no puede extinguir el contrato si el arrendatario no acepta la modificación al alza de la renta, ni es causa de extinción la intención de celebrar un nuevo contrato para recibir una renta adecuada o superior, se permite que el arrendador equipare la renta inicialmente pactada a la renta que por comparación correspondería a una vivienda de las características y ubicación de la arrendada (la ya explicada *ortsübliche Vergleichsmiete*)⁸². De esta manera se evita que el arrendador sufra un perjuicio económico importante y que los propietarios no se planteen celebrar un contrato de arrendamiento indefinido que pasados unos años siga generando una renta inadecuada a un mercado que ha seguido evolucionando⁸³. De negarse a aceptar la elevación de la renta, podrá suplirse la voluntad del arrendatario por el juez. Sin embargo, previendo que en un arrendamiento indefinido este derecho podría perjudicar gravemente al arrendatario que se embarcó en un arrendamiento probablemente valorando que la renta pactada era asumible, y se podría encontrar con una renta inabarcable tras la equiparación, se introduce un límite denominado *Kappungsgrenze* y que consiste en restringir durante tres años la subida de la renta a no más del 20 por ciento por encima de la renta inicialmente pactada⁸⁴. Cabe destacar que la finalidad de la norma es limitar el derecho del arrendador a exigir la aceptación del arrendatario a elevar la renta, pero no impide que el arrendatario acepte incrementos que superen el límite

tendría sentido pactar una renta siguiendo este sistema, ni recurriría a él el arrendador, si existiera el temor de que el arrendatario extinga el contrato antes de que se produzcan los incrementos de la renta.

⁸² Una crítica muy interesante que aporta ARTZ, “BGB §558 Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Henssler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 3, pág. 534, es la unilateralidad del derecho a ajustar la renta a la renta comparativa, puesto que es únicamente el arrendador el que puede basarse en la adaptación de la renta a la que por comparación con la habitual correspondería, pero no a la inversa. Esto es, el arrendatario que, al calcular la renta comparativa, advierta que la misma es menor a la renta pactada no puede exigir que se disminuya la renta hasta equipararla. Sin embargo, aclara que la razón del derecho del arrendador a elevar la renta es precisamente por la prohibición a la que le somete la ley de desistir del contrato por no ser ya rentables las condiciones del arrendamiento (§ 573 apartado 1 BGB). Si no puede elevar la renta, ni tampoco desistir del contrato, entonces se produciría una congelación de la renta que, debido al sistema alemán, podría ser indefinida. Una situación muy similar a la que se produjo como consecuencia del TRLAU de 1964.

⁸³ Se argumentaba en la Exposición de Motivos de la Ley para el incremento de la oferta de viviendas en arrendamiento del 20 de diciembre de 1982 (Drucksache 9/2079, p. 7), que los arrendadores, al analizar la economicidad del arrendamiento de viviendas, la ponían en duda debido a las medidas protecciónistas existentes, lo que les había llevado a alejarse de ese sector para invertir en otros más económicos.

⁸⁴ Desde el punto de vista constitucional, la limitación a la que se somete al arrendador está justificada, por el balance que se hace de los intereses. Sin embargo, siguiendo a BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, *op.cit.*, Capítulo 11, Rn. 163, no podría justificarse constitucionalmente el límite del incremento hasta el 20 por ciento en tres años, si su aplicación deriva en pérdidas para el arrendador. En tal caso, señala el autor, se estaría vulnerando su derecho, recogido en el art. 14 del GG. Así mismo debe tenerse en cuenta que este porcentaje se reduce al 15 por ciento si la vivienda está situada en un municipio o parte del mismo especialmente afectado por la escasez de vivienda en condiciones adecuadas para el alquiler y declarado como tal por el gobierno del *Land* mediante reglamento por una duración máxima de cinco años.

mercado⁸⁵. En cualquier caso, de aplicarse cualquiera de los procesos de elevación de la renta, ya sea para equipararla a la renta comparativa del lugar, o por obras de mejora, que también justifican una modificación al alza de la renta (§ 559 BGB), el arrendatario tiene derecho a declarar la extinción del contrato, sin necesidad de justificar la extinción (§ 561 BGB).

La limitación a la determinación inicial de la renta (*Mietpreisbremse*) se introdujo en el BGB a través de la reforma llevada a cabo por medio del *Mietrechtnovellierungsgesetz* del 21 de abril de 2015⁸⁶, que entró en vigor el 1 de junio de 2015, si bien no es la primera vez que se limita la renta en el Derecho alemán⁸⁷. A través de esta reforma se apoderó a los gobiernos de los distintos *Länder*, para determinar por medio de un reglamento, con carácter temporal⁸⁸, los territorios que sufren de un “mercado tenso de vivienda” (*angestrengter Wohnungsmarkt*). El propio precepto (§ 556 d BGB) marca unas pautas para identificarlo: (i) cuando las rentas hayan aumentado considerablemente en comparación con la media del país; (ii) cuando la demanda de viviendas adecuadas para el arrendamiento aumente considerablemente en comparación con la media del país; (iii) que la población aumente, sin que se aumente el mercado de vivienda por medio de la construcción; (iv) que haya limitado espacio libre para una gran demanda.

Declarado en el territorio correspondiente la situación de “mercado tenso de vivienda”, debidamente justificada bajo pena de nulidad⁸⁹, resulta aplicable la limitación a todos aquellos contratos de arrendamiento que se celebren con posterioridad a la publicación del reglamento, excluyéndose expresamente los arrendamientos que recaigan sobre viviendas que se usen y arrienden por primera vez con posterioridad al 1 de octubre de 2014, así como viviendas íntegramente reformadas y que se arrienden por primera vez (§

⁸⁵ En efecto, BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, *op.cit.*, Capítulo 11, Rn. 163, destaca que el límite denominado *Kappungsgrenze* no constituye una prohibición legal, por lo que el arrendatario podría aceptar que se eleve la renta superando el límite.

⁸⁶ BGBI 2015, I, p. 610. No obstante, cabe mencionar que la regulación sobre la limitación de la renta en mercados tensos de vivienda sufrió una nueva reforma en el año 2019, a través del *Mietrechtsanpassungsgesetz* del 18 de diciembre de 2018, que entró en vigor el 1 de enero de 2019 (BGBI 2018 I p. 2648), que afectaba principalmente a la obligación precontractual del arrendador de informar al arrendatario de las razones que justifican el acogimiento a las excepciones del § 556 e y f del BGB y a la regulación sobre la necesidad de impugnar el sobreprecio pagado por el arrendatario para poder reclamarlo posteriormente.

⁸⁷ De hecho, BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, *op.cit.*, Capítulo 4, Rn. 2, recuerda que la regulación de la limitación de las rentas, introducida en 2015, no hace sino reproducir la regulación existente durante la Primera Guerra Mundial y que, de una manera u otra, ha ido resurgiendo por épocas.

⁸⁸ El reglamento debe ser promulgado antes del 31 de diciembre de 2020, pudiendo ser sometido a juicio ante los Juzgados civiles que tienen competencia para declarar su nulidad por falta de justificación, y tendrá una duración máxima de cinco años, sin posibilidad de prórroga.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo alemán (en adelante, BGH) de 17 de julio de 2019 (ECLI:DE:BGH:2019:170719UVIIIZR130.18.0). BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, *op.cit.*, Capítulo 11, Rn. 203, explica que los Juzgados civiles tienen el deber de comprobar si se han cumplido las exigencias que contiene el apoderamiento a los gobiernos de los *Länder*, con base en el art. 19 apartado 4º del GG. Por su parte ARTZ, “Die Mietpreisbremse”, *MDR*, 2015, pág. 553, mantiene que el arrendador puede, en caso de duda, acudir a los tribunales civiles para que se compruebe que el *Land* efectivamente tenía fundamento para dictar el reglamento.

556 f BGB). De esta manera, se evita que potenciales inversores no deseen asumir el riesgo de la inversión de la nueva construcción o reforma de viviendas ante la futura limitación de la renta a la que quedarían sujetos los arrendamientos⁹⁰.

La norma prohíbe que se establezca una renta superior a la renta comparativa habitual del lugar⁹¹, incrementada hasta en un 10 por ciento. No obstante, el arrendador tiene derecho a aplicar igual renta a la pactada en el contrato de arrendamiento anterior sobre la misma vivienda, si esta es superior a la que resultaría de aplicar la limitación, siempre que no se trate de una renta pactada en el año anterior a la extinción de dicho contrato⁹². Asimismo, cuenta con la posibilidad de añadir a la renta resultante de aplicar la limitación, el incremento que hubiera podido aplicar si hubiera llevado a cabo el proceso de elevación de la renta por obras de mejora ejecutadas en los últimos tres años en la vivienda, salvo que ya hubiera recurrido al proceso de elevación de la renta en el arrendamiento anterior (cfr. §§ 556 e y f BGB)⁹³.

⁹⁰ ARTZ, “BGB § 556f Ausnahmen”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Henssler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 1, págs. 486 y 487, indica que el sentido del precepto es evitar que los arrendadores opten por no invertir en la construcción de nuevas viviendas o en usarla por primera vez, debido a las limitaciones. FEINDL, “§556d Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn; Verordnungsermächtigung”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0, igualmente indica que estas medidas están ideadas para evitar que la limitación de rentas sea contraproducente y en vez de facilitar el acceso a la vivienda, lo complique, porque a los inversores no les interesa crear espacio para viviendas en estas circunstancias. Esta sería una consecuencia especialmente peligrosa y perjudicial, añade el autor (FEINDL, “§556f Ausnahmen”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0) puesto que en estas zonas las obras nuevas escasean y desincentivar a posibles inversores sería contrario a la propia finalidad de la norma. En iguales términos, BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, *op.cit.*, Capítulo 4, Rn. 12.

⁹¹ Aun a pesar de tratarse de un concepto jurídico indeterminado, el § 558 del BGB delimita el concepto *ortsübliche Vergleichsmiete* (renta comparativa), indicando que es aquel valor determinado por rentas habituales de ese municipio o un municipio comparable, para viviendas de similar estilo, tamaño, equipamiento, características, ubicación y eficiencia energética de los últimos cuatro años. Asimismo, en el § 558 a BGB, se enumeran algunas herramientas que sirven para justificar la fijación de la renta comparativa, por ejemplo, los baremos de rentas de viviendas arrendadas o la base de datos de rentas.

⁹² El legislador ha establecido la limitación del año, para evitar el posible fraude al que podrían recurrir los arrendadores, pactando la elevación de la renta con el anterior inquilino cuyo contrato esté por finalizar, asegurándose así la burla a la norma. En este sentido, ARTZ, “BGB § 556e Berücksichtigung der Vormiete oder einer durchgeführten Modernisierung”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Henssler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 12, p. 485; BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, *op.cit.*, Capítulo 4, Rn. 121. Aun así, FEINDL, “§556e Berücksichtigung der Vormiete oder einer durchgeführten Modernisierung”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0, sigue viendo posibilidades de fraude a la norma con esta excepción.

⁹³ Según FEINDL, “§556e Berücksichtigung der Vormiete oder einer durchgeführten Modernisierung”, *op.cit.*, Rn. 0, el fundamento detrás de esta excepción es evitar que el arrendador omita o desista de la realización de las obras de mejora o modernización razonables, por miedo a no conseguir rentabilizarlas con la renta o espere a realizarla una vez iniciado el mismo para poder recurrir al proceso de elevación de renta por modernización, con los inconvenientes que ello puede acarrear al arrendatario.

3.2. Otros tipos de arrendamientos que recaen sobre la vivienda: el § 549 BGB

A continuación, se exponen los distintos tipos que detalla el legislador alemán en el parágrafo 549 BGB, su justificación para señalar determinadas normas que no resultan aplicables a ellos, y cuáles son estas normas.

3.2.A. Arrendamiento temporal de vivienda

El arrendamiento temporal de la vivienda, que no debe confundirse con los arrendamientos celebrados por duración determinada, a los que se refiere el art. 575 BGB, ya mencionados en el apartado anterior, se define doctrinalmente como aquel arrendamiento en el que la vivienda se va a destinar a un uso concreto que justifica la voluntad de las partes de celebrar un contrato de corta duración. La nota característica es que deben concurrir ambos elementos⁹⁴: el destino o finalidad que se dará a la vivienda y que subyace a la celebración del contrato y que supone un uso temporal de la misma⁹⁵, sin embargo, aclara la doctrina que lo determinante no es tanto la duración en sí del contrato, sino que del destino pactado⁹⁶ se infiera que la finalidad perseguida justifica un uso temporal de la vivienda⁹⁷.

Teniendo en cuenta que el principal argumento para establecer como regla general que en contratos de duración indeterminada no puede el arrendador resolver el contrato sin una causa justificada para ello, es que la vivienda representa para el arrendatario el centro de su vida y que ha establecido en el tiempo que lleva habitándola unos lazos sociales y económicos en la zona, no cabe la aplicación de la normativa protecciónista relativa a la extinción del contrato en este supuesto, habida cuenta de que en tan corta duración no ha podido el arrendatario aun establecer ningún tipo de lazo, ni ha representado la vivienda

⁹⁴ En efecto, según BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, en *Mietrecht*, (dir. Schmidt-Futterer), München, C.H. Beck, 14^a. ed, 2019, Rn. 4, de no inferirse del contrato la concreta finalidad de celebrar un contrato temporal de arrendamiento, la indicación de que este debe durar solo unos meses, no será suficiente, tratándose entonces de un arrendamiento de duración determinada.

⁹⁵ BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 4; BIEBER, “BGB §549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Hessler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 17.

⁹⁶ BIEBER, “BGB §549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 17.

⁹⁷ BIEBER, “BGB §549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 18, señala los siguientes ejemplos de arrendamientos temporales que permiten completar la definición: alojamiento temporal por trabajo, alojamiento temporal hasta tanto se encuentre la vivienda familiar, siempre y cuando sea previsible que la búsqueda no se extienda en el tiempo, estudiantes que arriendan la vivienda por un único semestre, con la intención de mudarse al finalizarlo. En cuanto a los arrendamientos de segundas residencias o vacacionales, deberá atenderse al caso concreto, puesto que un arrendamiento reiterado de la misma, hasta tal punto de que se convierta en un “segundo punto central de la vida del individuo” no constituiría un arrendamiento temporal (BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 14).

para él el eje central de su vida, por lo que no sufre un perjuicio grave en caso de pérdida de la vivienda⁹⁸.

3.2.B. Arrendamiento de vivienda amueblada y compartida con el arrendador

El segundo tipo a que se refiere es el arrendamiento de vivienda compartido por el arrendatario con el arrendador⁹⁹, que haya sido mayoritariamente amueblada o equipada por el arrendador, siempre que el arrendatario no conviva a su vez con su familia o personas con las que comparta la gestión económica y personal de la vivienda con carácter permanente.

Pues bien, se justifica para este tipo la inaplicación de determinadas normas protecciónistas por producirse una invasión por parte del arrendatario en la esfera personal y habitacional del arrendador que, aun permitida, implica que deba prevalecer el derecho de propiedad de este¹⁰⁰. Sin embargo, cede esta preferencia cuando la vivienda o habitación le haya sido cedida al arrendatario para que conviva con su familia en ella con vocación de permanencia¹⁰¹. Prevalece, por tanto, la protección de la familia al derecho de propiedad del arrendador, conforme a los dictados de la Constitución alemana (cfr. art. 6 GG)¹⁰². Cabe llamar la atención sobre la ampliación de esta excepción que, desde la reforma de 2001, se extiende a otras personas distintas de los familiares, con las que el arrendatario simplemente mantenga una relación de gestión económica y personal de la vivienda¹⁰³, siempre y cuando tenga carácter permanente. Es evidente que, en estos casos, no resulta aplicable el fundamento de la protección de la familia consagrada en la Constitución alemana. Entiende BRUNS¹⁰⁴ que la aplicación de la normativa

⁹⁸ BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 13.

⁹⁹ La persona del arrendador no tiene que ser necesariamente coincidente con la del propietario de la vivienda, sino que también es constitutivo de este tipo el supuesto del subarrendador y el subarrendatario que comparten vivienda. En este sentido, BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 6 y 7; BIEBER, “BGB §549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 19.

¹⁰⁰ Se asemeja la posición del arrendatario en este supuesto a la del “invitado” (Gast), según BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 23 y 24, por lo que se suaviza el criterio de que la vivienda representa para el arrendatario el centro de su vida, y se suaviza por tanto también su preferencia frente al derecho del propietario (o del arrendador).

¹⁰¹ Para que se entienda cumplido este requisito basta con que en el contrato se haya permitido que el arrendatario conviva con su familia en las estancias señaladas o que no haya oposición a dicha convivencia. No obstante, no se entiende cumplido este requisito cuando el arrendatario haya acogido a su familia en la vivienda sin consentimiento del arrendador, como explica BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 13.

¹⁰² Así lo justificaba el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de 1974 (Drucksache 7/2011, pág. 9), con referencia a la norma que servía de antecedente a la actual.

¹⁰³ En la Exposición de motivos de la Ley de Reforma de 2001 (Drucksache 14/4553, pág. 38) se enumeran los siguientes ejemplos para ilustrar a qué tipo de relaciones se refiere esta norma: relaciones de análoga afectividad a la marital, pero también cualesquiera otras relaciones de convivencia permanente, como, por ejemplo, personas de edad avanzada que deciden convivir, incluso otorgándose mutuamente poderes para actuar en nombre del otro.

¹⁰⁴ BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 25.

proteccionista en este caso se debe a la pluralidad de usuarios de la vivienda que conviven con el arrendatario. En cualquier caso, solamente se dará esta posibilidad de que el arrendatario conviva con otras personas cuando el arrendador lo haya consentido al celebrar el contrato, por lo que, a la vista del conocimiento previo que tiene el arrendador de que sí se van a aplicar todas las normas protecciónistas¹⁰⁵, parece justificada la excepción.

La vivienda debe ser entendida en sentido amplio, puesto que se puede referir a una casa unifamiliar o a una casa que esté dividida y habitada por varias familias (*Einfamilienhaus / Mehrfamilienhaus*). En el primer supuesto, se daría el arrendamiento compartido cuando el arrendatario esté alojado en una habitación o varias de la casa del arrendador, mientras que, en el segundo supuesto, basta con que, a parte de la vivienda con salida propia del arrendatario, comparta la cocina y/o el baño con el arrendador. Por tanto, no se incluye solamente el supuesto de compartir la vivienda, en el sentido de que el arrendador se aloje en una habitación y el arrendatario en otra, sino que también aplicaría esta norma en caso de que el arrendatario viva fuera de la vivienda del arrendador, pero use zonas comunes tales como la cocina¹⁰⁶. Si no se comparte ninguna estancia, pero ambos viven en el mismo bloque, no se dan los presupuestos del tipo¹⁰⁷.

De la literalidad de la norma se deriva que uno de los requisitos es que la vivienda haya sido amueblada y equipada mayoritariamente por el arrendador, si bien lo determinante es que se haya pactado en el contrato la obligación del arrendador de equipar la vivienda o, al menos, que la mayor parte, esto es, más de la mitad del equipamiento y muebles deba aportarla el arrendador¹⁰⁸. No obstante, debe predominar la voluntad de los contratantes, puesto que, siguiendo a BLANK¹⁰⁹ en caso de que se hubiera pactado en el contrato la entrega de una vivienda amueblada, pero la voluntad de las partes hubiera sido entregar una vivienda vacía -que, además, es lo que se entrega-, entonces no puede ser constitutivo de este tipo.

¹⁰⁵ No se aplican las normas protecciónistas, dice BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 25, aun habiendo pactado en el contrato la posibilidad de que el arrendatario conviva con terceras personas o con su familia o cónyuge en la vivienda, en caso de que finalmente no lleguen a convivir con aquél. Será el hecho de la entrada a vivir en la vivienda por los terceros, lo que suponga la aplicación de la normativa protectora.

¹⁰⁶ No basta con que se usen determinadas habitaciones comunes de vez en cuando, sino que tiene que tratarse de un uso frecuente, como el de la cocina o el baño (BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 23).

¹⁰⁷ BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 9; BIEBER, “BGB §549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 20.

¹⁰⁸ Según BIEBER, “BGB §549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 22, la vivienda debe estar suficientemente equipada como para permitir su uso inmediato. A lo que añade BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 24, que cuando la norma establece que debe predominar el equipamiento y muebles aportados por el arrendador, por tanto, en más de la mitad, se refiere al equipamiento en sí y no al valor de los muebles.

¹⁰⁹ BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 12.

3.2.C. Vivienda arrendada por una persona jurídica de Derecho público o privado que subarriende a una persona con urgente necesidad de acceder a una vivienda

Este tipo de arrendamiento de vivienda está orientado a personas con grandes dificultades para acceder a una vivienda en el mercado y, por tanto, con una necesidad apremiante de poder acceder a ella¹¹⁰. Se celebra un contrato de arrendamiento en el que el arrendatario es una persona jurídica de Derecho público o privado¹¹¹ cuyo objeto social sea el de prestar asistencia a las personas que se encuentren en la situación descrita. La persona jurídica pública o privada, entonces, les subarrienda la vivienda arrendada, advirtiéndoles de que la normativa protecciónista no es de aplicación.

De esta manera consigue el legislador que los arrendadores no se arriesguen a potenciales arrendatarios incumplidores o que tengan reticencias a arrendar sus viviendas para evitar problemas¹¹², sino que celebran el contrato con un intermediario que será el que subarriende a la persona necesitada. Dadas las circunstancias particulares que concurren en estos supuestos, la normativa protecciónista no resulta aplicable, un hecho del que deberá ser informado el subarrendatario en el momento de la celebración del contrato. Es posible la exclusión de la normativa protecciónista, precisamente, por cuanto que estos subarrendatarios quedan debidamente atendidos como consecuencia del objeto social de las personas jurídicas públicas o privadas subarrendadoras, que les obliga a proteger a las personas necesitadas a las que está orientada su actividad social¹¹³. La justificación, en este caso, es que existe un arrendatario principal que no va a destinar el inmueble a satisfacer su propia necesidad de vivienda, ni la de su familia, sino que va a subarrenderla a una persona que la necesita, en cumplimiento de su objeto social. El arrendador tiene la tranquilidad de que ha celebrado el contrato con un arrendatario principal que va a cumplir con las obligaciones pactadas, y que va a responder del cumplimiento, aunque sea una tercera persona la que habite la vivienda¹¹⁴. Otro atractivo para los arrendadores

¹¹⁰ Se pueden enumerar, entre otros, los siguientes grupos de personas: personas de edad avanzada, familias monoparentales, familias numerosas, estudiantes, drogadictos, demandantes de asilo, refugiados, ex reclusos, etc. En este sentido, BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 21; BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 33.

¹¹¹ Es la Ley de 2001 la que extiende el ámbito personal a los subarrendadores que sean personas jurídicas de Derecho privado, puesto que la norma anterior se refería únicamente a personas jurídicas de Derecho público. Se argumenta que también las de Derecho privado pueden estar orientadas a prestar asistencia social, lo que justifica que se extienda a estas la excepción. Se citan en la doctrina (BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 20) como ejemplos: la labor de la Iglesia Evangélica, Caritas, Cruz Roja, la Fundación de las Víctimas de la Guerra y Ejército, entre otros.

¹¹² La Exposición de Motivos pone como ejemplos posibles arrendatarios que se encuentren en una situación de mendicidad o drogadicción.

¹¹³ Efectivamente, así se confirma en la Exposición de Motivos de la Ley de 2001.

¹¹⁴ Esta norma que, en principio, se había introducido en el BGB con carácter temporal (5 años), a través de la Ley de 17 de mayo de 1990, se prorrogó ya sin límite temporal, mediante la Ley de 21 de febrero de 1996, a la vista de los resultados conseguidos, esto es, que los arrendadores ofrecieran viviendas que, en otro caso, hubieran quedado vacías, por evitar los riesgos al arrendarles las viviendas a un intermediario de Derecho público. Explica la Exposición de Motivos de la última ley (Drucksache 13/1963, p. 5) que, a la vista de la escasez de vivienda, determinadas medidas debían prorrogarse, entre ellas, la estudiada aquí,

es la mayor libertad de pacto en estos supuestos, precisamente por la exclusión de la normativa protecciónista.

Para los tres tipos anteriores no resultan aplicables las siguientes normas: (1) la limitación a la renta en mercados tensos de vivienda; (2) la protección frente a la elevación de la renta vigente el arrendamiento; (3) la protección del arrendatario frente a la extinción del arrendamiento y la oposición a la misma; y (4) el derecho de adquisición preferente en caso de establecimiento de una propiedad horizontal y venta de la vivienda arrendada.

3.2.D. Arrendamiento de habitaciones en una residencia de estudiantes o jóvenes

Ante todo, cabe aclarar, siguiendo a BLANK¹¹⁵ que no es que el legislador alemán haya considerado que los estudiantes universitarios y jóvenes merezcan menos protección que el restante grupo de personas demandantes de vivienda, sino que la idea que subyace a la regulación aparte de este tipo es que las residencias universitarias deben atender muchas solicitudes de estudiantes que, de otra manera, no podrían permitirse una vivienda arrendada por un particular. A la vista de que la oferta no puede atender a la totalidad de la demanda, se opta en estas residencias por el denominado “Rotationssystem” o “Rotationsprinzip”, sistema o principio rotatorio, para atender a la demanda del mayor número posible de estudiantes. De esta manera se busca limitar la duración del arrendamiento, como máximo, por el tiempo que dure la carrera de cada estudiante, y cumplir con el principio del trato igualitario de los estudiantes, permitiendo, en la medida de lo posible, que puedan acceder a una residencia universitaria. No obstante, con anterioridad a la plasmación de este tipo de arrendamiento en el BGB, se consideraba como un arrendamiento de vivienda habitual, con la consecuencia de que se le aplicaba la normativa protecciónista en su totalidad, ya que según la interpretación de los tribunales no podía considerarse un arrendamiento de temporada, cuando superara la duración de un solo semestre¹¹⁶. Explica BRUNS¹¹⁷ que fueron las peticiones presentadas por las residencias universitarias las que propiciaron que se incluyera este tipo de arrendamiento de vivienda, al que no podía resultar aplicable la totalidad de la normativa protecciónista, permitiendo que el arrendamiento se extinguiera a instancias del arrendador, sin perjuicio del derecho del arrendatario de oponerse en caso de perjuicio grave.

asegurando que los arrendadores, confiando en la capacidad y voluntad de cumplir del intermediario, cediera sus viviendas en arrendamiento, para que finalmente fueran ocupadas por personas con necesidad de vivienda.

¹¹⁵ BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 33.

¹¹⁶ Explica la Exposición de Motivos de la Ley de 20 de diciembre de 1982 (Drucksache 9/2079, p.11), que es la que introduce en el BGB este tipo de arrendamiento de vivienda, que los tribunales no consideraban los arrendamientos de viviendas en residencias universitarias por una duración que abarcara la totalidad de su carrera como un arrendamiento de temporada y, por tanto, debían someterse a la totalidad de la normativa protecciónista.

¹¹⁷ BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 40 y 41.

Una vez explicada la justificación del legislador para establecer este tipo en la normativa del BGB, es preciso definir qué entiende por residencia de estudiantes, por un lado, y residencia de jóvenes, por otro. El primer grupo de personas se refiere a aquellos estudiantes de educación superior o formación profesional que se encuentren matriculados en una Universidad o Escuela Superior alemana, incluidos estudiantes visitantes. Mientras que en el caso de las residencias de jóvenes el grupo está compuesto por personas de las edades de 14 a 18 años¹¹⁸. No obstante, siguiendo la doctrina sentada en la sentencia del BGH de 13 de junio de 2012, no todas las residencias que acojan a estos grupos de personas cumplen los requisitos que permiten excluir la normativa protecciónista, sino que debe, en todo caso, aplicarse un criterio restrictivo al interpretarlo, de manera que es fundamental que la actividad de arrendamiento responda a un principio rotatorio que cumpla con el principio de trato igualitario entre los distintos demandantes de vivienda, basado en criterios abstractos y generales, que tengan en consideración las necesidades de todos los alumnos y que, además se deriven de la normativa o instrucciones propias de la residencia en cuestión¹¹⁹. No debe servir el § 549.III BGB, advierte el Tribunal, de base para que el arrendador despache a los arrendatarios que no le agraden, ni para lucrarse.

En este caso, las normas que no resultan de aplicación son también las relativas a la protección del arrendatario frente a la resolución del contrato por el arrendador y la regulación del precio de la vivienda, sin embargo, sí se mantienen las normas relativas a la cláusula social o de oposición a la extinción (§ 574 BGB), siendo esta la razón por la que se ha recogido este tipo en un apartado independiente a los tres anteriores.

3.2.E. El arrendamiento de viviendas a los empleados del arrendador

Dentro de la regulación de los arrendamientos de vivienda, el subcapítulo 4º del BGB dedica los §§ 576 – 576.b, a aquellas viviendas arrendadas por los empresarios a sus empleados. Este tipo no se menciona entre los enumerados en el § 549 BGB, por lo que se aplica la normativa general y protecciónista del arrendamiento de vivienda, pero a la vista de la relación laboral existente entre las partes se modifican parcialmente las normas referidas a la extinción del arrendamiento y a la oposición a la misma, cuando la relación laboral finalice.

3.3. Conclusión sobre el Derecho alemán

A la vista de lo expuesto, puede apreciarse una intención clara en el legislador alemán de identificar los distintos tipos o grupos dentro del arrendamiento de vivienda y determinar aquellas normas que son apropiadas para cada uno de ellos.

¹¹⁸ BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, *op.cit.*, Rn. 34).

¹¹⁹ Así se explica en la citada sentencia del BGH de 13 de junio de 2012 (Ref.: VIII ZR 92/11), que la residencia operada por el demandado no respondía al principio rotatorio, basado en los criterios abstractos generales que preservaran el trato igualitario a todos los estudiantes, por cuanto que en el contrato se incluía meramente una posibilidad de prórroga de un contrato celebrado por un año.

El legislador alemán concibe la vivienda objeto del arrendamiento de vivienda habitual como el centro de la vida del individuo y, por ello, en algunos aspectos lo equipara al derecho del propietario sobre su vivienda, atribuyéndole similar protección. Se protege el derecho adquirido por el arrendatario y su permanencia en la vivienda, de tal manera que la protección aumenta proporcionalmente al tiempo que lleve habitando la vivienda. Esta conclusión es fácilmente contrastable: la regulación establece como regla general un contrato de duración indefinida que solo ante la concurrencia de causas importantes y justificadas podrá quedar extinguido a instancias del arrendador. Además, para el caso de que efectivamente se vaya a producir la extinción, habrán de respetarse unos plazos de preaviso suficientemente largos para facilitar al arrendatario la búsqueda de una nueva vivienda de características similares. A partir de cinco años de alojamiento en la vivienda arrendada, los plazos de preaviso se ven incrementados. Incluso, cuando la causa de extinción alegada por el arrendador es la necesidad propia o de un familiar de ocupar la vivienda, el arrendatario puede, con base en el art. 14 de la Constitución alemana, acudir a los tribunales para que se valore y determine en cuál de los contratantes concurre la necesidad mayor. A mayor abundamiento, quedará el arrendador obligado a ofrecerle al arrendatario, si dispone de ella, una vivienda de similares características a la arrendada. Se protegen, por ende, los lazos del arrendatario con la vivienda arrendada. A mayor duración, mayor protección.

Pero, igual que la permanencia en la vivienda arrendada y las relaciones que surgen como consecuencia de esta merecen la máxima protección que el derecho pueda ofrecer, no puede aplicarse por igual a todos los arrendamientos que puedan recaer sobre una vivienda, puesto que, en tal caso, se reduciría considerablemente la oferta de vivienda, debido a que no todos los potenciales arrendadores quieren o pueden atenerse a un régimen tan protecciónista.

Pues bien, se enumeran en el Derecho alemán diferentes causas, situaciones, intereses y motivaciones, tanto del arrendador como del arrendatario, que justifican la referencia a tipos de arrendamientos de vivienda diferenciados del arrendamiento de la vivienda habitual o, incluso, tratándose de la vivienda habitual, circunstancias que justifican un tratamiento distinto, como que se comparta la vivienda con el propietario. El establecimiento de distintos tipos con una regulación adecuada para cada uno de ellos, facilita que los arrendadores sigan invirtiendo en el sector y que otros arrendadores ofrezcan viviendas en arrendamiento que, en otras circunstancias, quedarían vacías por saber que tendrán necesidad de ocuparla, o reformarla o por cualquier otra razón.

4. PROPUESTA DE INTRODUCCIÓN DE NUEVOS TIPOS DE ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y LÍNEAS GENERALES DE SU REGULACIÓN

Por las razones que ya se han expuesto ampliamente en apartados anteriores, el sistema de arrendamientos urbanos vigente en España genera, entre otros, el problema de la incertidumbre, que debe ser remediado. Se propone para ello eliminar la actual distinción

entre el arrendamiento de vivienda y el arrendamiento para uso distinto de vivienda. Como ya se ha puesto de manifiesto, no se trata, propiamente, de una contraposición entre el arrendamiento de vivienda habitual y el resto -lo que podría tener un sentido-, sino que la situación es considerablemente más confusa, por cuanto que dentro de los “arrendamientos para uso distinto del de vivienda” se agrupan figuras muy distintas y necesitadas de regulación diferenciada. Al margen del hecho de que, en todos los supuestos englobados en esta categoría, el juego del principio de libertad de pacto sea amplio, poco o nada tienen que ver los arrendamientos de espacios destinados a vivienda y los destinados a fines comerciales, industriales, o profesionales. Complica aún más la funcionalidad del sistema arrendatario español el hecho de que exista un régimen común, de aplicación supletoria o directa, según los casos, a arrendamientos que recaen sobre viviendas.

Pues bien, a la vista de la falta de adecuación tanto de la tipología existente en nuestro ordenamiento como de la regulación contenida en el CC y la LAU, se propone regular nuevamente todos los arrendamientos que tienen por objeto una vivienda, derogando la ley especial y devolviendo la regulación de los arrendamientos de vivienda al CC, en el que, con inspiración en la metodología alemana, se prevean disposiciones generales aplicables a todos los tipos de arrendamiento de vivienda para, a continuación, diferenciar entre los distintos tipos que el legislador decida regular atendiendo a su aparición y arraigo en la práctica y estableciendo para estos, en función de sus particularidades, solamente aquellas normas que sean estrictamente necesarias para atenderlas.

Este nuevo planteamiento supone el abandono, siquiera parcial, de la tradicional distinción, que ya acogió el Derecho codificado, entre arrendamientos urbanos y arrendamientos rústicos, que dejaría de ser central en el ámbito de los arrendamientos de inmuebles.

A continuación, se exponen cada una de las propuestas por separado, justificando su conveniencia, y estableciendo los rasgos generales de la regulación.

1.- Propuesta de regulación de los tipos de arrendamiento de vivienda en el Código Civil

La conveniencia de que los distintos tipos de arrendamiento de vivienda queden regulados en el CC empieza por la necesidad de modificar el régimen común que ha quedado anticuado y resulta inadecuado a la realidad social y económica actual, en concreto, respecto de la dicotomía: arrendamientos urbanos y arrendamientos rústicos. A través de la introducción en el CC de unas disposiciones generales aplicables a los arrendamientos de vivienda y disposiciones especiales para cada tipo de arrendamiento, pero solamente en función de sus particularidades, se consigue clarificar la estructura y, a la vez, se permite una modificación sencilla, de ser necesaria, introduciendo nuevos tipos que aparezcan en la práctica y que no tengan cabida en los tipos que ya estarían recogidos en el CC.

El hecho de que determinadas normas, necesariamente, deban tener naturaleza imperativa no debe ser impedimento para elegir el CC como sede normativa para los arrendamientos de vivienda. De hecho, desde su promulgación son muchas las normas imperativas que se han recogido entre su articulado.

Por otra parte, se conseguiría cumplir con un objetivo muy recomendable como es evitar la dispersión normativa y el uso innecesario de las leyes especiales, vaciando de contenido nuestro Código Civil. Sobre todo, en sede arrendaticia, la regulación pendular que caracteriza a las leyes especiales de arrendamientos urbanos ha mostrado la necesidad de buscar cierta estabilidad normativa, una estabilidad que podría aportar la regulación en el Código civil, menos expuesto, quizás, a los vaivenes políticos. Este objetivo final interesa no solo a los arrendatarios, sino, en general, a todo el mercado de vivienda.

2.- Propuesta de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda y rasgos generales de su regulación

La primera y más importante clasificación que debe realizarse es la del arrendamiento de la vivienda habitual, de un lado, y el arrendamiento de la vivienda no habitual, de otra. Evidentemente, si la clasificación se limitara a diferenciar entre estos dos tipos, a la vista del contenido tan diverso y amplio que podrían abarcar, no se estaría consiguiendo facilitar, mejorar ni adecuar el régimen jurídico de los arrendamientos de vivienda. Por tanto, para evitar caer en los mismos errores repetidos hasta la actualidad, es necesario precisar perfectamente el contenido de cada grupo y dividirlo en subgrupos, estableciendo una regulación adecuada para cada una de las particularidades que presenten.

La estructura que se propone es la siguiente:

1. Disposiciones generales aplicables a los arrendamientos de vivienda.
2. Arrendamiento de vivienda habitual.
 - a. Un solo arrendatario o un arrendatario junto a su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o relación convivencial y/o hijos.
 - b. Varios coarrendatarios como titulares de un único contrato sobre la totalidad de la vivienda.
 - c. Por habitaciones, con derecho a usar zonas comunes.
 - i. Arrendatarios que no comparten con el propietario.
 - ii. Arrendatarios que comparten con el propietario.
 - d. Co-housing/Co-living/Cooperativas de cesión de uso.
3. Arrendamiento de una vivienda no habitual.

- a. Por finalidad sometido a término incierto.
- b. Por temporada.
- c. Para fines turísticos.

En el segundo grupo sería conveniente (debido a la diferente finalidad de cada tipo) regular la pluralidad de arrendatarios. Asimismo, deberá valorarse la conveniencia de introducir normas específicas en aquellos casos en que la relación arrendaticia se celebre entre un empresario y un consumidor, tanto respecto de los arrendamientos de la vivienda habitual como no habitual.

Con carácter previo a la exposición y justificación de cada tipo y de los rasgos generales de su regulación, cabe indicar cuáles serían las disposiciones generales aplicables a todos ellos. Un aspecto importante será establecer la naturaleza imperativa o dispositiva de las disposiciones generales. Por ejemplo, respecto del deber de información deberá señalarse su carácter imperativo para todos los tipos, dada la importancia de este derecho del arrendatario. En cualquier caso, cabe recordar que, dentro del CC, a falta de previsión contraria, las normas se consideran dispositivas.

Así, en el primer capítulo¹²⁰ dirigido a establecer las disposiciones generales aplicables a todos los tipos, se recogería el concepto de arrendamiento de vivienda, que, posteriormente, puede adaptarse según las particularidades de cada tipo. Es necesario establecer un concepto para que quede claro el ámbito de aplicación de la normativa, pero también para evitar que espacios que no reúnan los requisitos mínimos exigibles se cedan con esa finalidad. El concepto general no es incompatible, como se ha dicho, con que se adapte, limite o amplíe según el tipo del que se trate.

Normas tales como las obligaciones y los derechos de las partes se indicarían con carácter general, siendo fundamental regular el deber de información que recaerá sobre el arrendador acerca de las particularidades del tipo de arrendamiento celebrado y los derechos y obligaciones del arrendatario. Precisamente por existir varios tipos de arrendamientos de vivienda, es necesario que tanto arrendador como arrendatario conozcan el diferente régimen aplicable a cada uno, pues la información adecuada favorecerá la elección del tipo que mejor se adapte a las necesidades de cada uno y permitirá evitar la litigiosidad entre las partes. Buena prueba de ello es el estudiado sistema alemán, en el que existe un deber general de información, que se reitera ante cada una de las normas que recogen derechos del arrendatario. Es importante aclarar que este deber de información no se limitará a los supuestos de arrendamientos celebrados con consumidores, puesto que, como se ha dicho, cuantos más tipos y subtipos haya, más importante es el derecho y deber de información. Así, cabe recordar que, en la mayoría de los supuestos, el arrendamiento de vivienda se celebra entre particulares. Finalmente,

¹²⁰ Nótese que la estructura elegida no concuerda actualmente con la propia del título dedicado al arrendamiento en el CC, pero se expone en capítulo y secciones para facilitar la exposición, debiendo revisarse para una posible inclusión del régimen propuesto en el CC.

se expondrá el régimen jurídico aplicable, explicando la sistemática empleada para regular los arrendamientos de vivienda, y se advertirá de las consecuencias del incumplimiento de aquellas normas que tengan carácter imperativo.

El capítulo segundo dedicado al arrendamiento de la vivienda habitual se dividiría en cuatro secciones (*vid. ud supra*) cuyo contenido se expone a continuación.

La primera sección recogería la regulación del arrendamiento de vivienda habitual celebrado por un solo arrendatario, o por este y su cónyuge o persona con la que mantenga una análoga relación de afectividad o una relación convivencial, y/o con sus hijos. Se regularía en esta sección la normativa general del arrendamiento de vivienda habitual para la que será necesario mantener las normas protecciónistas propias de este tipo, algunas de ellas en similares términos a las normas de la LAU, pero con una importante diferencia: el principio que debe presidir la regulación del arrendamiento de la vivienda habitual es esa idea, que ha recogido sabiamente el Derecho alemán, del lazo del arrendatario con la vivienda.

Actualmente, la regulación está centrada en proteger al arrendatario de vivienda habitual por una duración mínima de cinco años, sin que se prevea por el legislador que, precisamente el uso de la vivienda durante cinco años puede suponer para el arrendatario la creación de unos lazos tanto con la vivienda arrendada como con el entorno, habiendo servido dicha vivienda como el centro de la vida del individuo. Pues bien, mientras que el legislador alemán entiende que el estado creado como consecuencia del uso continuado de su derecho merece protección, en el Derecho arrendaticio español el arrendatario queda desprotegido una vez agotada la duración mínima derivada del sistema de prórrogas.

Es por ello por lo que, en aras de brindarle la debida protección al arrendatario, es necesario establecer una regulación protecciónista que alcance, no solo a la duración mínima, sino que tenga en cuenta el lazo creado entre arrendatario y vivienda arrendada. Para lograrlo, la regulación no debe estar presidida por la idea del sistema de prórrogas, ni de la duración mínima, sino, por el contrario, estableciendo, como regla general, un contrato indefinido que beneficie tanto al arrendador como al arrendatario, lo que se logrará con una enumeración detallada de las causas que permiten la extinción del contrato por cualquier de las partes y su oposición en caso de que la misma sea injusta o suponga un perjuicio grave para alguna de las partes. Nótese que no por ser un contrato indefinido supone que el arrendador o el arrendatario no podrán extinguir el contrato. Para evitar que los interesados, sobre todo los arrendadores, sientan reticencia a arrendar sus viviendas por estar sujeto este tipo a un sistema de duración indefinida, será sumamente importante regular con mucho detalle las causas de extinción y oposición a la misma.

Aunque es opinión común que el arrendamiento indefinido en España se percibe con prevención o cautela, esta opinión está fundamentada sobre el ejemplo práctico del TRLAU de 1964 que tuvo graves consecuencias para muchos arrendadores por la perpetuación de los contratos de arrendamiento a través de la llamada prórroga forzosa y

la congelación de las rentas. Sin embargo, existen otros ejemplos en nuestro sistema, previos a dicho texto refundido, que ya recogían esta posibilidad y, sobre todo, múltiples regulaciones exitosas en nuestros países vecinos, como Alemania. A mayor abundamiento, algunos autores ya han propuesto regular contratos de duración indefinida a la vista de sus ventajas¹²¹.

Es importante proteger la vinculación del sujeto con la vivienda, sabiendo también el arrendador que esto es así. Pero, precisamente por esa vinculación con la vivienda, y a la vista de que aumenta la protección que recibe el arrendatario, también debe, proporcionalmente, aumentar su participación en los gastos relacionados con la vivienda. A mayor similitud del derecho del arrendatario a un derecho de propiedad, mayor similitud a las obligaciones derivadas de la propiedad de la vivienda.

La sección segunda recogería las particularidades derivadas de la pluralidad de arrendatarios titulares en el contrato de arrendamiento sobre la totalidad de la vivienda arrendada. Principalmente, deberá establecerse el tipo de obligación que deriva del contrato para cada uno de los coarrendatarios, así como las reglas que disciplinan la relación entre ellos. Por otra parte, cabe establecer un sistema específico para el caso del desistimiento, abandono o fallecimiento de cualquiera de los coarrendatarios y las reglas de subrogación *inter vivos* y *mortis causa*.

La sección tercera referida al arrendamiento por habitaciones con derecho a usar zonas comunes, se diferencia del anterior por cuanto que cada arrendatario celebra un contrato independiente, persiguiendo, en todo caso, destinar la habitación a vivienda habitual. Es evidente que el arrendatario de una habitación también es merecedor de protección, pero también que los instrumentos de protección deben ser distintos. Así, por ejemplo, puede tener sentido el derecho de adquisición preferente en el arrendamiento de la vivienda habitual, pero no lo tendrá en el arrendamiento de una habitación. Por otra parte, no puede ignorarse el hecho de que cada uno de los arrendatarios tiene un contrato independiente y diferente al de los demás. Ello llevará a contratos de duración diversa y posiblemente una rotación más o menos continua de arrendatarios en la vivienda.

Dentro de esta sección parece recomendable diferenciar según que el o los arrendatarios que arrienden habitaciones de una vivienda la compartan con otros arrendatarios o bien con el propietario de aquella. Habida cuenta de las particularidades del primer supuesto y el segundo, parece justificado un tratamiento separado.

La sección cuarta establecería la normativa propia para las distintas fórmulas existentes en España del denominado *co-living* o *co-housing* que, entre otras, se materializa en nuestro país a través de la figura de la cooperativa de viviendas, en la que la cooperativa mantiene la propiedad de las viviendas, cediendo el uso de las mismas a los miembros de

¹²¹ MOLINA ROIG, E., *Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 702; QUICIOS MOLINA, S., “Capítulo II. De la duración del arrendamiento”, en *Propuesta de Código Civil*, (Asociación de Profesores de Derecho Civil), Madrid, Tecnos, 2018, pág. 718.

dicha cooperativa. Aunque la ley española y las distintas legislaciones autonómicas prevén la creación de este concreto modelo de cooperativa, no se refiere al régimen de cesión de uso o la relación que surge entre la cooperativa arrendadora y sus miembros arrendatarios. Aspectos tales como la normativa aplicable para lo no dispuesto en los estatutos o el juego de la autonomía de la voluntad quedarían regulados en esta sección.

El siguiente capítulo se dedicaría a aquellos arrendamientos que recaen sobre una vivienda pero que no cuentan con el elemento de la habitualidad y, por ende, no requieren ni merecen el mismo grado de protección.

La primera sección de este capítulo se dedicaría al arrendamiento de vivienda no habitual por finalidad sometida a un término incierto. Hay que tener en cuenta que, en ocasiones, el arrendatario persigue únicamente el uso de la vivienda con carácter transitorio, por ejemplo, durante un curso académico o mientras termina la reforma del inmueble que se adquiere en propiedad. En estos supuestos, el consentimiento de las partes estaría referido a una cesión que se produce por un tiempo que, aunque sea incierto o no se pueda precisar una fecha, si esté acotada por la finalidad perseguida, que no es la de la permanencia en la vivienda.

El arrendamiento por temporada sería el objeto de regulación de la sección segunda, que deberá regular el arrendamiento por temporada única, aunque habría que considerar la oportunidad de introducir o no normas sobre el arrendamiento por varias temporadas, teniendo en cuenta la existencia de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, y su ámbito de aplicación.

Finalmente, acabaría este capítulo con la regulación del arrendamiento de vivienda con fines turísticos, en la sección tercera.

5. CONCLUSIONES

Primera. Actualmente, la legislación española de arrendamientos se refiere a tres tipos de arrendamiento que pueden recaer sobre una vivienda: el arrendamiento de vivienda habitual que, si reúne los requisitos del art. 2 LAU, queda sujeto a una regulación protecciónista e imperativa; el arrendamiento de temporada, mencionado en el art. 3 LAU, y al que se aplica la normativa contenida en el Título III LAU, basada en la autonomía de la voluntad de las partes y orientada a espacios dedicados a ejercitar actividades empresariales; y el arrendamiento de vivienda turística, a que se refiere el art. 5 LAU a los efectos de su inclusión o exclusión del ámbito de aplicación de la LAU en función de la existencia de una normativa sectorial turística en la Comunidad Autónoma de la que se trate.

Segunda. La legislación arrendaticia no es adecuada para responder a las particularidades que diferencian a cada uno de los arrendamientos que pueden recaer sobre una vivienda.

Tampoco es completa, ya que no contempla o engloba todas las modalidades convivenciales que pueden concurrir.

Tercera. A la vista de las estadísticas y datos, así como la litigiosidad que manifiesta la jurisprudencia de las audiencias provinciales, es evidente que la tipología existente no se corresponde con la realidad sociológica de nuestro país, que demanda otros tipos apropiados a las nuevas modalidades convivenciales.

Cuarta. El arrendamiento de la vivienda habitual que regula la LAU es un arrendamiento celebrado por un solo arrendatario y sobre la totalidad de la vivienda, sin perjuicio de que conviva con sus familiares, cónyuge o persona conanáloga relación de afectividad y/o sus hijos dependientes, siendo estos los únicos a los que hace referencia la normativa. No se regulan las particularidades derivadas de una pluralidad de arrendatarios, ni se hace referencia al alquiler por habitaciones con derecho a usar zonas comunes.

Quinta. Han sido las audiencias provinciales las que, interpretando la legislación vigente y analizando las circunstancias concurrentes, han determinado, respecto del arrendamiento compartido por varios arrendatarios, si las obligaciones contraídas a falta de pacto son solidarias; y, en cuanto al arrendamiento por habitaciones, si se reúnen los requisitos del art. 2 LAU para poder aplicar la normativa protecciónista, o si debían considerarse arrendamientos para uso distinto de vivienda, o excluirlos del ámbito de aplicación de la LAU.

Sexta. La normativa que debe aplicarse al arrendamiento de la vivienda no habitual y el arrendamiento turístico está, en realidad, diseñada y orientada a atender a los problemas jurídicos propios de un arrendamiento que tenga por objeto un uso empresarial o bien un régimen común, creado en 1889 para ser comprensivo de todo tipo de arrendamientos y, por tanto, poco o nada adecuado para atender a las particularidades propias, en el caso del arrendamiento de vivienda turística, de un arrendamiento que ni siquiera existía en la época en la que se promulgó.

Séptima. En el Derecho alemán se establece una regulación especialmente protecciónista del arrendamiento de la vivienda habitual por representar esta el centro vital del individuo, asentándose y estableciendo relaciones personales, familiares y económicas con su entorno. La protección es mayor cuanto mayor es la permanencia en la vivienda arrendada, garantizándose el derecho y situación adquiridos por el arrendatario. Se basa esta protección en la equiparación que hace el Tribunal Constitucional alemán del derecho de propiedad garantizado por el art. 14 de la Constitución alemana, al derecho del arrendatario. Tanto es así que aun cuando concurra una causa justificada basada en la propia necesidad del arrendador de ocupar la vivienda arrendada, el arrendatario puede oponerse a la extinción del contrato alegando el perjuicio grave que derivaría de ello, debiendo los tribunales decidir, con base en la prueba practicada, cuál sea la mayor de las necesidades.

Octava. La regulación del arrendamiento de vivienda, en el Derecho alemán, se contiene en el BGB, estableciendo una regulación general para todos los arrendamientos, una específica para el arrendamiento de vivienda, y particularidades para distintos tipos de arrendamiento que recaen sobre una vivienda, pero a los que, por sus características, no se debe aplicar la normativa protecciónista en su totalidad. Se consigue de esta manera favorecer la inversión de los potenciales arrendadores en el sector del arrendamiento de viviendas, ya sea para celebrar arrendamientos de duración indefinida, los excepcionales de duración determinada o aquellos otros a los que por sus particularidades no están sometidos a todo el régimen protecciónista.

Novena. La propuesta que se recoge en este artículo es la de establecer una regulación completa y adecuada, que ofrezca estabilidad, lejos de los vaivenes políticos y del carácter pendular de la legislación especial, a través de la derogación de la LAU y la introducción en el CC de disposiciones generales aplicables a todos los arrendamientos que tengan por objeto una vivienda, diferenciando a continuación aquellos tipos que por sus particularidades requieran apartarse de las normas generales. Asimismo, se propone eliminar la dicotomía: arrendamientos urbanos y arrendamientos rústicos, por no corresponderse, en la actualidad, a los grandes grupos que por sus particularidades requieren de regulaciones distintas: arrendamientos que tengan por objeto una vivienda y arrendamientos que tengan por objeto espacios destinados a fines empresariales o profesionales.

Décima. En concreto, los tipos que se proponen, siempre sin perjuicio de la posibilidad de ampliarlos, son, principalmente dos: el arrendamiento de vivienda habitual y el arrendamiento de vivienda no habitual, ambos completados por diversos subtipos. Concretamente, el arrendamiento de vivienda habitual, con una regulación protecciónista, imperativa y completa, centrada en los lazos creados entre el arrendatario y la vivienda arrendada, la duración del arrendamiento y estableciendo suficientes causas justificadas de extinción del arrendamiento; el arrendamiento de vivienda habitual con pluralidad de arrendatarios, regulando el régimen interno entre los coarrendatarios y el tipo de obligación que se genera entre arrendador y coarrendatarios, así como las situaciones de desistimiento, abandono y subrogación de uno de los arrendatarios; el arrendamiento de vivienda habitual por habitaciones, estableciendo las condiciones mínimas de las habitaciones de uso individual y las zonas comunes y el consentimiento de los arrendatarios en caso de cambio de arrendatario; el arrendamiento de vivienda no habitual en el que prima la autonomía de la voluntad. Dentro de este tipo, se diferencian tres tipos: el primero, el arrendamiento de vivienda no habitual por finalidad, en el que se celebra un arrendamiento sometido a término incierto hasta tanto se cumpla la finalidad perseguida -distinta de la permanencia en la vivienda- y en el que no es necesario establecer una duración específica, pero se puede pactar una duración máxima; el arrendamiento de temporada y, finalmente, y aunque pudiera subsumirse en el tipo del arrendamiento de vivienda no habitual por finalidad, se propone una regulación diferente para el arrendamiento de viviendas turísticas habida cuenta de su especialidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARAGONESES ALONSO, P. y PASCUAL NIETO, G., “La vigente ley de arrendamientos y nuestro Derecho Histórico”, *Anuario de Derecho Civil*, vol.9, núm. 1, 1956, págs. 33-84.

ARTZ, “BGB § 556e Berücksichtigung der Vormiete oder einer durchgeführten Modernisierung”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Henssler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 1-18.

- “BGB § 556f Ausnahmen”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Henssler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 1-7.
- “BGB §558 Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Henssler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 1-68.

ARTZ, “Die Mietpreisbremse”, *MDR*, 2015, págs. 549-553.

AVILÉS GARCÍA, J., “Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 34/2014, págs. 49-78.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 4.3. Régimen aplicable”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 7.^a ed., 2020, págs. 147-151.

BIEBER, “BGB §549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5, (dir. Henssler y Krüger), München, C.H.Beck, 8^a. ed., 2020, Rn. 1-37.

BLANK, “§549 BGB Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, en *Mietrecht*, (dir. Schmidt-Futterer), München, C.H. Beck, 14^a. ed, 2019, Rn. 1-49.

- “Vorbemerkung zu §535 BGB”, en *Mietrecht*, (dir. Schmidt-Futterer), München, C.H. Beck, 14^a. ed, 2019, Rn. 1-427.

BÖRSTINGHAUS, *Miethöhe-Handbuch*, München, C.H.Beck, 2^a. ed, 2016.

BOTELLO HERMOSA, J.M., “El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, 2016, págs. 1000-1038.

BRUNS, “§549 Auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare Vorschriften”, en *BeckOK Mietrecht*, (dir. Schach, Schultz y Schüller), 2021, Rn. 1-51.

CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1137”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 8361-8367.

FEINDL, “§556d Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn; Verordnungsermächtigung”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0-99.

- “§556e Berücksichtigung der Vormiete oder einer durchgeführten Modernisierung”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0-67.
- “§556f Ausnahmen”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0-33.

GÁLVEZ CRIADO, A., “El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, Universidad de Cádiz, 2021, págs. 65-102, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.4>

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Artículo 2. Arrendamiento de vivienda”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (dirs. Crespo Allué, F. y Guilarte Gutiérrez, V.), Valladolid, Thomson Reuters, 1^a. ed., 2014, págs. 29-52.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado común y foral*. Tomo II, Barcelona, Bosch, 2005.

MEHLE, “§542 Ende des Mietverhältnisses”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0-158.

- “§545 Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses”, en *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, (Schmidt, H.), 2021, Rn. 0-14.

MOLINA ROIG, E., Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L. y MARTENS JIMÉNEZ, I.L., “Pasado, presente y futuro de la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas en el ordenamiento español”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, págs. 271-312.

QUESADA SÁNCHEZ, A., “La cesión de viviendas turísticas por habitaciones: situación legal en España y propuestas razonables”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, págs. 279-313.

QUICIOS MOLINA, S., “Capítulo II. De la duración del arrendamiento”, en Propuesta de Código Civil, (Asociación de Profesores de Derecho Civil), Madrid, Tecnos, 2018, págs. 718-719.

RAMÓN CHORNET, J.C., “Artículo 1137. Concurrencia de pluralidad de acreedores o deudores”, en Código Civil Comentado, (dirs. Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F.J. y Valpuesta Fernández, R.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2^a. ed., 2016, págs. 275-281.

SIMÓN MORENO, H., “Propuestas de regulación para habitar parcialmente una vivienda”, en El acceso a la vivienda en un contexto de crisis, (dir. Nasarre Aznar, S. y coord. Simón Moreno, H.), Madrid, Edisofer, 2011, págs. 225-248.

- “Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?”, REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos, vol. 134, 2020, e69165, DOI: <https://dx.doi.org/10.5209/REVE.69165>.

VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M., “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 7.^a ed., 2020, págs. 75-78.

- “Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 7.^a ed., 2020, págs.

Cuestiones procesales de los privilegios marítimos

Procedural issues of maritime liens

MARÍA NIEVES JIMÉNEZ LÓPEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Málaga (España)

mnievesjl@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5596-2133>

Resumen: Tiene por objeto este trabajo, analizar la tutela procesal que nuestro ordenamiento concede a los denominados privilegios marítimos, como créditos de especial naturaleza que existen, tanto a nivel nacional como internacional, desde tiempos remotos, como mecanismo para facilitar la financiación del comercio marítimo, pues éstos otorgan a sus titulares una serie de privilegios especiales para la satisfacción del crédito. Para ello, comenzaremos por determinar los aspectos más relevantes de su configuración legal, para así poder abordar, posteriormente, la tutela procesal que estos privilegios reciben, centrándonos, no sólo en analizar las distintas acciones a través de las cuales, los titulares de estos créditos pueden ejercitar sus derechos, si no también, como pueden éstos hacer valer el privilegio de crédito frente a otros acreedores que hubiesen iniciado un proceso de ejecución en el que se hubiese embargado o se pudiese embargar el buque que sirve de garantía a los créditos con privilegio marítimo, estableciendo además, en qué orden deben ser satisfechos.

Profundizaremos, además, determinando cuáles son los créditos que tienen la consideración de créditos marítimos privilegiados, los distintos tipos que existen y analizando las especialidades procesales que se contienen tanto en textos nacionales como internacionales, esto es Ley 14/2014, de 24 de julio de la Navegación Marítima y el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de Ginebra de 1993.

Abstract: *It is our purpose to analyze the procedural protection that our legal system grants to the maritime claims, as credits of a special nature that exist, both nationally and internationally,*

Recepción: 27/09/2021

Aceptación: 23/11/2021

Cómo citar este trabajo: JIMÉNEZ LÓPEZ, María Nieves, “Cuestiones procesales de los privilegios marítimos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 103-128, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.05>

since ancient times, as a mechanism to facilitate the financing of maritime trade, because they grant to these creditors some special privileges for the satisfaction of their credits. To do this, we will begin by determining the most relevant aspects of its legal configuration, in order to subsequently address the procedural protection that these credits receive, focusing, not only on analyzing the different actions that these creditors can exercise to defend their rights, if not also, how can they enforce these credits against other creditors who have initiated an execution process in which the ship that serves as a guarantee for the credits has been or could be seized, also establishing, in what order should they be satisfied.

We will also go deeper, determining the credits that are considered privileged maritime credits, the different types that exist and analyzing the procedural specialties that are contained in both national and international texts, this is Ley 14/2014, de 24 de julio de la Navegación Marítima and the International Convention on Maritime Liens and Mortgages, Geneva, 6 May 1993.

Palabras claves: créditos marítimos, privilegios marítimos, prelación de créditos marítimos, tutela procesal, acciones ejercitables.

Keywords: maritime claims, maritime liens, priority, maritime liens execution, procedural protection, actions.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS CRÉDITOS MARÍTIMOS PRIVILEGIADOS. 2.1. Naturaleza jurídica del privilegio marítimo. 2.2. Regulación legal, nacional e internacional. 2.3. Efectos generales del privilegio. 2.4. Los créditos con privilegio marítimo. 2.5. Extinción del privilegio. 3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL PRIVILEGIO. 3.1. Acciones ejercitables en relación a los créditos marítimos privilegiados. 3.2. La realización del privilegio. 3.2.A. La venta forzosa del buque. 3.2.B. Destino de la suma obtenida con la venta forzosa del buque. 3.3. Los créditos marítimos privilegiados en los procesos ejecutivos iniciados por un tercero. 3.3.A. El orden de prelación de créditos en la ejecución del buque. 3.3.B. Las tercerías de mejor derecho. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta una cuestión de vital importancia para el desarrollo del comercio marítimo, que quienes se dedican al armamento y explotación de buques mercantes o actividades marítimas, puedan acudir a créditos o productos financieros que les permitan avanzar en su negocio. Estamos, en estos casos, ante los conocidos créditos marítimos que, lejos de poder ser considerados simplemente como parte del concepto de crédito o producto financiero general, revisten una especial configuración y tratamiento legal, pues, normalmente, la garantía principal o incluso única de dichos créditos es la aeronave o buque en sí mismo, buque que, como resulta obvio, se caracteriza por su movilidad, lo que conlleva que los acreedores de dichos créditos se encuentren con especiales dificultades de seguimiento y localización, del que, sin embargo, es su principal objeto de garantía, y, por tanto, del cobro de sus créditos marítimos.

Surgen así, como consecuencia de estas especiales circunstancias, los denominados *privilegios marítimos* o *créditos marítimos privilegiados*, con el firme objetivo de

disminuir estos inconvenientes, y facilitar a dichos acreedores el derecho de realización preferente de tales créditos frente a otros acreedores ordinarios del naviero, para así poder garantizar el cobro de los mismos¹. Podemos definir, por tanto, a los privilegios marítimos como aquellos créditos que le otorgan a su titular la facultad de perseguir y realizar de forma preferente la venta judicial del buque que se encuentre especialmente afecto en garantía de éstos².

Debe, no obstante, tenerse en cuenta a este respecto que, lejos de suponer la existencia de estos privilegios marítimos simplemente un criterio de ordenación de acreedores, su existencia y reconocimiento implica una auténtica revolución en los principios y conceptos generales del Derecho Crediticio, lo que conlleva por supuesto, un efecto reflejo, en los del propio Derecho Procesal, en relación al ejercicio del derecho de realización, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de estas páginas.

A este respecto, nos parece oportuno partir de la clásica distinción entre tutela declarativa y tutela ejecutiva. Ambas intensamente relacionadas, pero no dependientes, pues, como es sabido, no a todo proceso declarativo le sigue un proceso ejecutivo, ni todo proceso ejecutivo va precedido de un proceso declarativo³. Tendremos, por tanto, como objetivo, a través de este estudio, analizar si uno de los efectos que lleva aparejado estos créditos, es la posibilidad de ejercitarse directamente una acción ejecutiva, y en su caso, ver a través de qué procedimiento, o si, por el contrario, debe ejercitarse de forma previa una acción declarativa y, una vez resuelta ésta con éxito y conseguido un título ejecutivo procesal, entonces, iniciar el correspondiente proceso de ejecución para obtener la realización y satisfacción del crédito.

Se trata así, por tanto, de determinar en qué consiste, realmente, ese derecho de realización que forma histórica se atribuye a los privilegios marítimos.

Pero, además, no resulta infrecuente, tal y como acabamos de apuntar, en el ámbito del Derecho Marítimo, y más concretamente, en relación al comercio marítimo, financiar dichas actividades, partiendo incluso de la propia construcción buque o aeronave, acudiendo a la constitución de créditos o préstamos de muy distinta naturaleza. Es más, incluso, puede suceder que, por el propio devenir de la actividad comercial, surjan créditos a los que hacer frente y responsabilidades de las que responder, en su caso, con el propio buque, por lo que, podemos entonces, en este punto, preguntarnos, no sólo qué es la prelación de créditos, es decir, la preferencia en el orden de cobro de dichos créditos, si no, también, cómo puede afectar esta situación al ejercicio de la tutela

¹ Vid. RUIZ SOROA, J.M., “Los privilegios marítimos”, en AA.VV.. *Preferencias de créditos*, Manuales de formación continuada 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 313 a 315.

² En este sentido, vid. GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Los privilegios marítimos sobre el buque*, tesis doctoral presentada en Madrid en 1992, pp. 217 y 218.

³ Vid. ROBLES GARZÓN, J.A., “La función jurisdiccional”, en AA.VV., *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Tecnos, 1^aed., 2017, pág. 53.

correspondiente por parte de los acreedores, especialmente, de los titulares de créditos marítimos privilegiados.

Por todo ello, nos proponemos a continuación, analizar las características más importantes de los créditos marítimos privilegiados, así como las posibles acciones que pueden ejercitarse, y el mecanismo a través del cual, hacer valer en la tramitación procesal de la satisfacción de créditos, la existencia de dichos privilegios o el orden a tener en cuenta entre ellos, según el caso.

2. LOS CRÉDITOS MARÍTIMOS PRIVILEGIADOS

2.1. Los créditos con privilegio marítimo

Los créditos marítimos reconocidos como privilegiados, se recogen en el artículo 4 del citado Convenio de Ginebra, siendo éstos:

- a) Los créditos por los sueldos y otras cantidades debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre⁴.
- b) Los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque
- c) los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque
- d) los créditos por derechos de puerto, de canal y de otras vías navegables y practicaje.
- e) los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o el daño materiales causados por la explotación del buque distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos del pasaje transportados a bordo del buque.

No obstante, el Convenio permite que los Estados parte puedan conceder en virtud de su legislación, otros privilegios marítimos sobre un buque para garantizar créditos, distintos de los mencionados, ya sea contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque. Para ello, se requiere:

- Que esos privilegios sigan al buque a pesar de cualquier cambio de propiedad, matrícula o pabellón;
- Que no puedan, los acreedores marítimos privilegiados, subrogarse en los derechos del propietario del buque a la indemnización debida en virtud de un contrato de seguro;
- Que se respete el pago previo de las costas procesales y de los gastos originados por el embargo preventivo o por la ejecución y subsiguiente venta del buque.

⁴ Sobre el privilegio sobre la flota, vid. RUEDA MARTÍNEZ, J.A., “Los privilegios marítimos”, en AA.VV. *Ley de la navegación marítima, balance de su aplicación práctica*. Madrid, Marcial Pons, 2019, pág. 1235 y 136.

Además, dichos créditos privilegiados, deben extinguirse o bien a la expiración de un plazo de seis meses contados desde el nacimiento de los créditos garantizados, a menos que, antes del vencimiento de ese plazo, el buque haya sido objeto de embargo preventivo o ejecución conducentes a una venta forzosa; o al final de un plazo de sesenta días después de la venta del buque a un comprador de buena fe, que empezará a correr desde el día en que se inscriba la venta en el registro, de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque después de la venta, si este plazo venciere antes que el señalado en el inciso anterior.

Por último, dichos créditos marítimos privilegiados regulados por cada Estado parte en su legislación interna, deben posponerse a los privilegios marítimos enumerados en Convenio, así como a las hipotecas, cargas o gravámenes inscritos.

Por su parte, a nivel nacional, el artículo 124 LNM, reconoce igualmente esta posibilidad, pues según éste, pueden recaer también sobre el buque cualesquiera otros privilegios reconocidos por el Derecho común o leyes especiales, pero tales privilegios, sea cual fuere el rango de prelación que le otorguen las leyes que los reconozcan, serán graduados tras las hipotecas y demás cargas y gravámenes inscritos. Es más, atendiendo al principio de reciprocidad, podrán ser reconocidos otros privilegios marítimos que graven buques extranjeros con arreglo a la ley del pabellón, aunque dichos créditos, irán situados igualmente tras las hipotecas y demás cargas y gravámenes inscritos.

2.2. Naturaleza jurídica del privilegio marítimo

El privilegio marítimo que acompaña al crédito, posee, sin lugar a dudas, una naturaleza accesoria, respecto a éste⁵. Precisamente por su naturaleza accesoria, si se realiza la cesión o subrogación en el derecho, se entiende modificada también la titularidad sobre el privilegio, y si se produce la extinción del crédito al que acompañan, se considera extinguido también el privilegio⁶.

Así se establece expresamente en el artículo 10.1 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993 (En adelante, CPH 1993), al afirmar que, tanto la cesión de un crédito garantizado con un privilegio marítimo como la subrogación en los derechos del titular del tal crédito, supone simultáneamente la cesión de ese privilegio marítimo o la subrogación en los derechos que este lleva aparejados.

De igual modo, podemos entonces afirmar, respecto de la extinción del crédito, que los privilegios se extinguirán junto con el crédito al que acompañan, de manera que, una vez extinguido el crédito, cualquiera que sea la causa o el motivo, se considera extinguido también el privilegio.

⁵ En este sentido, vid. RUIZ SOROA, J.M., “Los privilegios marítimos”, op. cit. p. 362.

⁶ Para un análisis en profundidad sobre la naturaleza y características del privilegio, vid. DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios como mecanismo de protección del crédito”, en AA.VV., *Preferencias de créditos*, Manuales de formación continuada 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 23 ss.

2.3. Regulación legal nacional e internacional

Como decíamos al principio de estas páginas, una de las principales características del Derecho Marítimo es su internacionalidad, pues se trata, sin duda alguna, de una rama del Derecho relacionada con el comercio y el tráfico marítimo y, lógicamente, estos alcanzan su máxima plenitud al desarrollarse en ámbitos internacionales, generando así, diversos y complejos negocios jurídicos entre los diversos Estados implicados.

No resulta de extrañar, por tanto, que estos privilegios no sólo cuenten con regulación propia de cada Estado al respecto, sino que, sea la normativa desarrollada a nivel internacional la fuente legal más importante en esta materia, por lo que desde mitad del siglo XIX surgen diversas comisiones internacionales para el estudio del Derecho Marítimo Internacional⁷. La más importante fue, sin duda, el Comité Marítimo Internacional (En adelante, el CMI), cuyos trabajos dieron sus frutos en los Convenios de Bruselas de 1926 y 1967, y en el ya citado Convenio de Ginebra de 1993⁸.

A nivel nacional, estos créditos se regulan actualmente en los artículos 122 a 125 de la Ley 14/2014, de 24 de julio de la Navegación Marítima (En adelante, LNM), y a nivel internacional, destaca sin duda como instrumento jurídico básico el citado CPH 93.

Respecto al CPH 93, debemos destacar que supuso una importante limitación en torno a los créditos considerados con privilegio marítimo, con el objetivo fundamental de reforzar las ventajas reconocidas a la hipoteca naval, pues la existencia de excesivos privilegios, supone un atentado perjuicio para el acreedor hipotecario, ya que el cobro de su crédito, a pesar de estar privilegiado, se ve sin embargo, superado por el pago previo y preferente de los demás créditos marítimos privilegiados, y eso aun cuando resulta razonable afirmar, que es, precisamente este instrumento financiero, la hipoteca naval, el que permite financiar en muchos ocasiones dicha actividad comercial⁹.

2.4. Efectos generales del privilegio

Teniendo en cuenta el fundamento que sirvió de base a su creación, esto es, disminuir el riesgo al que se enfrentan determinados acreedores del naviero cuyos créditos han sido garantizados con la existencia del buque o aeronave, facilitándoles un derecho de realización preferente de tales créditos frente a otros acreedores ordinarios, para así poder

⁷ Instituciones como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (En adelante, UNCTAD) y la Organización Marítima Internacional (En adelante, OMI) hicieron importantes aportaciones a dichos Convenios. Más adelante, la Comisión de Transporte Marítimo de la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas junto a la OMI creó el denominado Grupo intergubernamental mixto de expertos en privilegios marítimos e hipoteca naval y cuestiones conexas, conocido como JIGE.

⁸ El Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios marítimos e Hipotecas marítimas, celebrado en Bruselas en 1926 (en adelante CPH 26), estuvo en vigor hasta 2004, pero el Convenio Internacional sobre Privilegios Marítimos e Hipotecas marítimas, celebrado en Bruselas en 1967 (en adelante, CPH 67), no llegó realmente a entrar en vigor ya que no alcanzó el número de ratificaciones necesarias para ello. Aun así, deben ser tenidos en cuenta como precedentes legislativos de gran importancia, pues su evolución y desarrollo nos han llevado hasta la regulación actual.

⁹ En este sentido, vid. RUIZ SOROA, J.M., “Los privilegios marítimos”, op. cit. pp. 316 y 317.

garantizar el cobro de los mismos, podemos afirmar, que el reconocimiento de un crédito como privilegio marítimo conlleva, fundamentalmente, las siguientes consecuencias:

a) Quebrantamiento del clásico principio *par conditio creditorum*

Resulta ampliamente conocido en nuestro Derecho el principio *par conditio creditorum*, en virtud del cual, debe otorgarse a todos los acreedores que concurren a satisfacer su deuda respecto de un mismo deudor, iguales condiciones frente al cobro de su crédito.

Sin embargo, lo cierto es que también es ampliamente conocido que en nuestro ordenamiento existen normas que clasifican los distintos tipos de créditos existentes en nuestro Derecho y, una vez clasificados, establecen un orden de prelación, es decir, de preferencia en el cobro de los mismos, de manera que, si bien es cierto que la igualdad entre acreedores debe respetarse, no es menos cierto que esta igualdad opera solo entre acreedores cuyos créditos pertenezcan a la misma categoría, pero no entre aquellos que no corresponden al mismo rango legal¹⁰. Ponemos en duda, por tanto, que el principio *par conditio creditorum*, aunque ciertamente se aplica de forma general, sea exclusivo del Derecho Marítimo y suponga una especialidad propia de los créditos marítimos privilegiados¹¹.

En el caso de los créditos marítimos, establecen los artículos 5.1 CPH93 y el 122.2 LNM, que los privilegios marítimos gozan de preferencia sobre las hipotecas y demás cargas y gravámenes inscritos, cualquiera que sea la fecha de su inscripción, sin que ningún otro crédito pueda anteponerse a tales privilegios, a excepción, por supuesto, del pago de las costas procesales y de los gastos originados por el embargo preventivo o por la ejecución y subsiguiente venta del buque y los gastos que hayan de abonarse a la Administración Marítima por la remoción de buques naufragados o hundidos.

Puede decirse, por tanto, que la existencia de estos privilegios conlleva para el acreedor titular, un derecho de preferencia para ver satisfecho su crédito en caso de venta judicial del buque sobre el que se constituyó, de forma previa a los demás acreedores, si los hubiere, incluso en caso de existencia de acreedor hipotecario¹².

b) Establecimiento de la *reipersecutoriedad*

El reconocimiento de la existencia de estos créditos privilegiados, supone, entre otras cosas, constituir una auténtica garantía real sobre dicho buque, pues surge la existencia

¹⁰ Encontramos, en este sentido, los artículos 1921 a 1929 del Código civil (en adelante, Cc.), y también los artículos 269 a 284 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), para los casos en que el procedimiento a seguir en caso de concurrencia de acreedores, sea el proceso concursal.

¹¹ En idéntico sentido se pronuncia CASAS ROBLA, J., quien señala que “*Desde que existen las obligaciones, existen distintas formas de exigencia de las mismas y, para no remontarnos a otros ordenamientos jurídicos, no es lo mismo responder de la deuda con la propia palabra (sponsio) que responder con el propio cuerpo, pudiendo ser esclavizado por el acreedor (manus in lectio, LXII Tablas, III,1 a 6).* Vid. CASAS ROBLA, J., “Los privilegios marítimos”, en AAVV., *Comentarios a la Ley de la Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pág. 92.

¹² De ahí que, como decíamos anteriormente, el CPH 1993, priorizase reducir los créditos considerados con privilegio marítimo, con el objetivo fundamental de reforzar las ventajas reconocidas a la hipoteca naval.

de un derecho de persecución sobre el bien gravado, de manera que le sigue incluso aún cuando dicho bien haya salido del patrimonio del deudor.

Así lo establecen los artículos 8 CPH 93 y 122.2 LNM, según los cuales, los privilegios marítimos gravan el buque sin necesidad de publicidad registral, y le siguen a pesar del cambio de propiedad, matrícula o pabellón. Significa esto que ni el cambio de propietario, de matrícula ni de pabellón extinguen el privilegio del acreedor del crédito marítimo privilegiado, por lo que puede afirmarse que, sin lugar a dudas, se trata de una garantía real. Supone esto que ni siquiera la venta del buque es oponible al acreedor privilegiado.

c) No aplicación del derecho de retención de otros acreedores

Según el artículo 7.1 CPH 93, todo Estado parte podrá conceder con arreglo a su legislación interna, un derecho de retención respecto de un buque que se halle en posesión de un constructor o reparador de buques, para garantizar los créditos originados por la construcción o reparación del mismo, mientras esté en su posesión¹³.

Esta disposición se debe a que tradicionalmente, se ha reconocido en las legislaciones nacionales un derecho de retención a favor de estos acreedores, lo que en la práctica suponía un contratiempo importante respecto al derecho de cobro preferente de los acreedores de privilegios marítimos, pues los constructores y reparadores, tenían reconocido el derecho a retener el buque hasta que se les pagase su crédito.

Siendo así, el CPH 93, soluciona la cuestión respetando el derecho de los acreedores titulares de créditos marítimos privilegiados, pues en el artículo 12.4, establece que, en caso de existir un derecho de retención reconocido a favor de un constructor o reparador de buques, por la legislación nacional del Estado parte en que se realiza la venta judicial del buque, el constructor o reparador de buques deberá entregar al comprador la posesión del buque, pero podrá obtener el pago de su crédito una vez satisfechos los créditos de los titulares de los privilegios marítimos de origen internacional.

Esto significa que, en caso de existir créditos marítimos privilegiados, de una parte, y créditos por construcción o reparación del buque que tengan reconocido por el Estado en el que se lleva a cabo la venta judicial del buque, un derecho de retención, por otra, estos últimos están obligados a entregar la posesión del buque, obteniendo a cambio, el beneficio de situar su crédito justamente tras el pago de los privilegios marítimos internacionales, quedando, incluso por delante, del pago de la hipoteca naval, y otras cargas y gravámenes inscritos, así como de los privilegios marítimos de origen nacional propios de cada Estado.

En lo que respecta a la legislación española, el artículo 139 LNM recoge esta regulación, aunque matiza que sólo será aplicable respecto al constructor cuando en virtud de pacto

¹³ Vid. VELASCO NATES, A., “El derecho de retención de la mercancía como garantía del pago del flete, demoras y otros gastos en la Ley de la Navegación Marítima”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 197 a 211.

la propiedad del buque pertenezca al comitente, lo cual supone un dato importante, ya que exige al comitente ser el propietario del buque.

2.5. Extinción del privilegio

Decíamos con anterioridad, al tratar la naturaleza jurídica de los privilegios marítimos, que se trataba de un derecho accesorio, de forma que éstos se extinguían junto con el crédito al que acompañan, por lo que, una vez extinguido el crédito, cualquiera que sea la causa o el motivo, se considera extinguido también el privilegio¹⁴.

Ahora bien, esto no significa que no pueda ocurrir a la inversa, esto es, que se extinga el privilegio, pero no el crédito al que acompaña, pues el propio privilegio puede verse afectado por causas de extinción propias e independientes. Podemos distinguir, por tanto, entre causas de extinción del crédito marítimo privilegiado y causas de extinción del privilegio en sí mismo.

Así, según el artículo 9 CPH 93, los privilegios marítimos se extinguían por el transcurso de un año a menos que, antes del vencimiento de ese plazo, el buque haya sido objeto de embargo preventivo o ejecución conducentes a una venta forzosa. La extinción del privilegio, por tanto, no supone la extinción del crédito, al que resultará aplicable el plazo que establezca la legislación nacional para dicho tipo de crédito en cuestión. Por tanto, debe entenderse que, transcurrido un año, el crédito es reclamable si los plazos de la legislación nacional que regula tal crédito lo permiten, pero no le será de aplicación el régimen jurídico establecido por el CPH 93, ni por la LNM para los créditos marítimos privilegiados.

Existen, a este respecto, dos cuestiones importantes a determinar: el momento de inicio del cómputo de dicho plazo y la naturaleza de prescripción o caducidad del mismo.

Respecto al inicio del cómputo del plazo, el propio artículo 9 hace referencia a dos momentos distintos, según el crédito privilegiado al que afecte. Así, si se trata de créditos laborales debidos a la tripulación, el plazo comenzará a contar desde el momento en que haya terminado el enrolamiento del acreedor a bordo del buque, mientras que, si se trata de créditos por muertes y lesiones, créditos por salvamento marítimo, créditos de puerto y practicaje, y créditos por daños por culpa extracontractual, el plazo comenzará a contar, desde la fecha de nacimiento de los créditos que esos privilegios garanticen¹⁵.

En cuanto a si se trata de un plazo de prescripción o caducidad, debemos decantarnos por la primera opción, en tanto que, el mismo apartado 1 de dicho artículo 9 CPH 93, establece que “a menos que, antes del vencimiento de ese plazo, el buque haya sido objeto de embargo preventivo o ejecución conducentes a una venta forzosa”. Vemos, por tanto, de

¹⁴ Vid. RUEDA MARTÍNEZ, J.A., “Los privilegios marítimos”, en AA.VV., *Comentarios sobre la ley de la navegación marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pág. 193 y 194.

¹⁵ Por su parte, el artículo 123.2 y 123.3 LNM, recogen, respecto a los privilegios sobre la flota, el mismo plazo de extinción del privilegio, especificando que éste comenzará a contar desde que se extingue el contrato de embarque del acreedor con la empresa o grupo empresarial.

la literalidad del artículo, que se trata de un plazo de prescripción, pues puede interrumpirse única y exclusivamente, en principio, por el embargo preventivo o ejecución del buque, tendentes a la venta forzosa.

Cuestión distinta es plantear la posibilidad de dejar en suspensión este plazo, pues, de la misma manera que cuando se trata de créditos laborales, no comenzará a contar hasta que la tripulación no desembarque, podríamos entender también que, respecto a los demás privilegios marítimos, se puede suspender el plazo de prescripción por no poder proceder al embargo preventivo o a la ejecución del buque por imperativo legal, ya que es lo único que permitiría interrumpir dicho plazo.

3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL PRIVILEGIO

Una vez analizados los aspectos sustantivos más importantes relacionados con los créditos marítimos privilegiados, debemos ahora abordar su perspectiva procesal, concretamente, respecto al reconocimiento y ejecución de los mismos. No obstante, debe advertirse, en primer lugar, que no es éste un objetivo sencillo, ya que nos encontramos, como expondremos a continuación, con distintas situaciones jurídicas que pueden dar lugar a la tramitación de distintos tipos de procesos, tanto declarativos como ejecutivos, por lo que la venta judicial del buque puede finalmente realizarse a través de un proceso ordinario de ejecución, o como consecuencia de un proceso de ejecución hipotecaria, y en todas ellas, habrá que tener en cuenta la existencia de estos créditos privilegiados para darles el tratamiento procesal que resulte adecuado según el caso.

3.1. Acciones ejercitables en relación a los créditos marítimos privilegiados

Como norma general, suele afirmarse que una de las características que presentan los créditos marítimos privilegiados es su ejecutoriedad, de manera que, el titular de estos créditos puede satisfacer su crédito accediendo directamente a un proceso ejecutivo, sin necesidad de ejercitar previamente una acción declarativa a través del proceso correspondiente¹⁶. Podríamos pensar que esta afirmación se basa en el propio CPH 93 y en los artículos 480 ss LNM, pero, a nuestro entender, la regulación de los créditos marítimos privilegiados en ambos textos se limita, exclusivamente, a determinar las especialidades que afectan a los mismos, pero no regula ni prevé ningún mecanismo especial para su ejecución.

Así, podemos decir que el CPH 93 básicamente, lo que hace es establecer cuáles son esos créditos, que requisitos deben cumplir, y que posición ocupan, de preferencia, respecto a los demás créditos de otra naturaleza; y en cuanto a su venta forzosa, se ocupa de establecer ciertas especialidades respecto a la notificación y efectos. Pero nada más.

Tendríamos que acudir, entonces a nuestra LNM para analizar esta cuestión. Pero, nuestra LNM se limita, igualmente, en los artículos 480 ss, a establecer determinadas normas especiales respecto a la forma de llevar a cabo la venta forzosa del buque, ya que, si bien

¹⁶ En este sentido, vid. CASAS ROBLA, J. “Los privilegios marítimos”, *op.cit.*, pág. 102.

se remite a estos efectos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (En adelante, LEC), recoge ciertas especialidades que deben tenerse en cuenta. Y tampoco en los artículos 122 a 125 de la misma, se regula ningún procedimiento específico para ejecutar estos créditos, pues, sencillamente, se recoge lo establecido en el CPH 93, respecto a los requisitos y preferencia en el cobro respecto a otros créditos.

Por tanto, a nuestro entender, actualmente, no puede llegarse de forma clara a la conclusión de que los créditos marítimos privilegiados son, generalmente, ejecutables de forma directa sin necesidad de ejercitar una acción declarativa previa, pues, ya que la LNM no prevé un proceso ejecutivo propio para ellos, resultaría de aplicación para su ejecución la LEC¹⁷. En ella, como es sabido, se regula o bien el proceso ordinario de ejecución o bien el denominado proceso de ejecución hipotecaria, que prevé ciertas especialidades sobre el primero. Respecto al proceso de ejecución hipotecaria, éste está reservado exclusivamente a aquellas deudas garantizadas con prenda o hipoteca, por lo que no pueden ser una vía de ejecución para los créditos marítimos privilegiados, quedando, entonces, únicamente abierta la posibilidad de tramitar un proceso ordinario de ejecución.

Ahora bien, para poder iniciar el proceso de ejecución ordinario, la LEC contempla como requisito obligatorio de acceso al mismo, disponer de un título ejecutivo, pudiendo ser éste procesal o no procesal. Ni que decir tiene que, la falta de formalidad que se exige en la constitución de estos créditos, como hemos visto, hace que, como norma general, éstos no estén constituidos mediante un documento reconocido como título ejecutivo en el artículo 517 LEC, por lo que, entonces no sería posible iniciar este proceso. Es más, en este sentido, nos plantearíamos como única posibilidad, acudir al apartado noveno de dicho artículo, en el que se produce, al enumerar los títulos ejecutivos, una remisión a otras normas en las que pueda estar contemplada la existencia de otros documentos que lleven aparejada ejecución. Pero, entendemos que no es el caso, ya que, ni el CPH 93 ni la LNM otorgan expresamente, como hemos visto, a estos créditos ni a los documentos que sirven de base a su constitución, carácter ejecutivo, pues en ninguno de estos textos se dice nada relacionado con este carácter, sino que se limita a establecer el orden de cobro y las especialidades a tener en cuenta cuando se produzca la venta forzosa del buque.

Es, por todo esto que, a nuestro entender, podemos encontrarnos, por tanto, con créditos marítimos privilegiados que, a pesar de no exigirse, sí estén constituidos a través de

¹⁷ En el mismo sentido, vid. DEL CORTE LÓPEZ, J., “Especialidades procesales en la Ley de la navegación marítima”, en AA.VV. *Comentarios sobre la ley de la navegación marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pág. 771; VEIGA COPO, A.B., “Privilegios sobre buques y aeronaves”, en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, t.II, Navarra, Cizur menor, Aranzadi, 2012, pág. 2359 ss; ALONSO LEDESMA, C., “Viejos y nuevos problemas de los privilegios marítimos”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Marítimo*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pág. 311; DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “La ejecución extraconcursal del buque”, *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 27, 2010, pág. 163; PULIDO BEGINES, J.L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Madrid, Tecnos, 2009, pág. 240; GABALDÓN GARCÍA, J.L. Y RUÍZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho de la Navegación, Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 942.

documentos que llevan a aparejada ejecución, y otros muchos casos, como suele ser lo habitual por la propia naturaleza y origen de muchos de estos créditos, en los que no están reconocidos en títulos ejecutivos¹⁸.

Siendo así, podemos afirmar entonces que, en la mayoría de casos, para poder solicitar la venta forzosa del buque, será necesario que los acreedores titulares de estos créditos marítimos privilegiados, ejerciten, en primer lugar, la acción declarativa que corresponda, e inicien el correspondiente proceso declarativo, a cuya finalización puedan obtener un título ejecutivo de carácter procesal que les permita, ahora sí, ejercitar la correlativa acción ejecutiva e iniciar el proceso ejecutivo en el que llevar a cabo, en su caso, la venta forzosa del buque¹⁹.

No obstante, y en contra de esta opinión, se ha dicho que puede considerarse a estos créditos como hipotecas legales tácitas sobre el buque, de manera que, su constitución, lleva aparejada ejecución y otorga al acreedor titular del mismo un derecho de realización forzosa directo sobre el mismo, sin necesidad de acción declarativa previa, como cualquier derecho de garantía²⁰. Esto supondría entonces admitir que, estos créditos marítimos privilegiados o bien, permiten el ejercicio de dicha acción ejecutiva a través del proceso hipotecario, ya que son hipotecas legales tácitas, o bien otorgan la posibilidad, al menos, de iniciar un proceso ejecutivo ordinario de forma directa²¹.

Sin embargo, y como acabamos de exponer, en nuestra opinión esta opción no resulta técnicamente la más adecuada, desde la perspectiva procesal, lo cual no significa que no pueda ser la opción más práctica y/o deseable de cara a la protección del acreedor privilegiado. Y esto es así porque, aunque reconozcamos a estos créditos como hipotecas, para poder ejercitar una acción que inicie un proceso de ejecución hipotecaria, en virtud del artículo 682.2 LEC, es necesario que el crédito cumpla dos requisitos: el primero, que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados

¹⁸ Debemos excluir de esta afirmación los créditos por derechos de puerto establecidos en el artículo 4.d) CPH 93, pues en este caso, bastaría con la certificación de la cuantía del crédito realizada por la propia Administración para poder ejecutarse a través del procedimiento administrativo correspondiente.

¹⁹ El procedimiento declarativo a seguir dependerá, así mismo, del crédito de que se trate, pues pueden ser éstos de distinta naturaleza.

²⁰ En este sentido, se pronuncia claramente CASAS ROBLA: “*Nosotros consideramos que los privilegios marítimos son una categoría específica hipotecas legales tácitas sobre el buque, esto es, que carecen de autonomía conceptual sobre cualquier otra hipoteca o prenda legalmente establecida, por ello son reipersecutorios, por ello llevan aparejada la realización mediante ejecución forzosa del buque y por ello se anteponen incluso a la hipoteca naval y las demás garantías convencionales constituidas voluntariamente sobre el buque por el propietario del mismo. También por ello tienen existencia incluso aunque el deudor no sea el propietario del buque y no necesitan inscripción.*” CASAS ROBLA, J. “Los privilegios marítimos”, op. cit., pág. 94.

²¹ Este mismo autor, CASAS ROBLA, en congruencia a la tesis que mantiene, afirma que “*Al tratarse de créditos con acción real aparejada, ello supone que el acreedor puede, sin necesidad de acción declarativa previa, acudir directamente al procedimiento ejecutivo correspondiente que en la tradición marítima (tanto continental como anglosajona) significa un derecho inmediato de venta forzosa del buque, un «ius vendendi» aparejado a cualquier derecho real de garantía: fiducia, prenda e hipoteca*”. CASAS ROBLA, J. “Los privilegios marítimos”, op. cit., pág. 102.

tasan el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta; y el segundo, que en dicha escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

Esto significa, como resulta obvio, que, para poder acudir a un proceso de ejecución hipotecaria, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública, la cual, debe, además, adjuntarse a la demanda ejecutiva a través de la cual se quiera iniciar este procedimiento, en virtud del artículo 685.1 LEC, pudiendo ser sustituida, en determinadas circunstancias y respecto a ciertos créditos hipotecarios, por una certificación registral.

Puede observarse así, como, aún reconociendo esta naturaleza a los créditos con privilegio marítimo, no sería posible iniciar un proceso de ejecución hipotecaria para ejercitar el supuesto derecho de realización que conllevan ni reclamar la satisfacción de su crédito ni la venta judicial del buque a través de éste, pues no cumple con los requisitos ni las formalidades legalmente establecidas en los artículos 681 y siguientes LEC.

Por tanto, esto nos tendría que llevar a afirmar que, excluida la posibilidad de acudir al proceso hipotecario, podría entonces el titular del crédito marítimo privilegiado, poder acudir directamente a un proceso ordinario de ejecución, y ejercitar así su derecho de realización directa, pero esto, como acabamos de exponer, tampoco va a resultar posible como norma general, ya que, normalmente, estos créditos, ni por la falta de exigencia de requisitos formales para constituirse ni, en muchos casos, por el propio origen de dichos créditos- piénsese, por ejemplo, en los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque, que hacen referencia a una responsabilidad extracontractual-, están formalizados en un documento que tenga atribuida fuerza ejecutiva, ni por el artículo 517 LEC, ni, como ya hemos expuesto, por la remisión del apartado noveno de la misma a la LNM, pues, reiteramos que, en nuestra opinión, no puede deducirse intención alguna del legislador, al redactar la LNM, de conceder tal fuerza a estos créditos o documentos, teniendo en cuenta, además, que pueden éstos ser muy diversos y también de naturaleza muy diversa, en función del crédito del que se trate²².

Ahora bien, también resulta conveniente recordar, en cualquier caso, que, aún cuando se admitiese que estos créditos son ejecutables de forma directa a través del proceso de ejecución, esto no supone excluir o limitar la posibilidad que tiene el titular de dicho crédito de acudir, si así resulta conveniente, a un proceso declarativo, con lo que, incluso así, debemos tener en cuenta, que los titulares de estos créditos pueden ejercitar de una acción declarativa como paso inicial para la satisfacción de su crédito.

²² Un supuesto de título ejecutivo extrajudicial reconocido en la LNM es, por contraposición, el conocimiento de embarque, aunque una deficiente regulación procesal no permite tampoco, en este caso, hacer uso del privilegio del acreedor titular de este documento. Vid, a mayor abundamiento, FONTESTAD PORTALÉS, L., *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Titant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 370 ss, y, FONTESTAD PORTALÉS, L., *Navegando hacia el futuro: propuestas de reformas procesales en la LNM y el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo*, Navarra, Aranzadi, 2021, pág. 126 ss.

3.2. La realización del privilegio

Como acabamos de exponer, para poder llevar a cabo la venta forzosa del buque a través de un proceso de ejecución, los titulares de los créditos marítimos privilegiados tienen a su disposición, siempre y cuando, como hemos advertido, dispongan de un título ejecutivo, el proceso de ejecución ordinario, regulado en la LEC con carácter general, aunque con las especialidades establecidas respecto a la venta forzosa del buque, tanto en el CPH 93 como en los artículos 480 ss LNM.

Ahora bien, puede ocurrir que, una vez iniciado éste, se conozca la existencia de otros acreedores titulares también de un crédito marítimo privilegiado, del que tenga que responder el mismo deudor y buque. Nos encontramos en este caso, con la necesidad de analizar dicho crédito y determinar, según el orden de prelación de estos créditos, el orden de cobro que le corresponde.

Pero, además, puede darse también el caso de que un acreedor titular de una hipoteca naval, ejercite, respecto de dicho buque, la acción ejecutiva que ésta le otorga, e inicie el proceso de ejecución hipotecario, también establecido en la LEC, como proceso ejecutivo, pero respecto del cual se aplican ciertas especialidades. También en este caso, habrá entonces que determinar si efectivamente existe dicho crédito, si es privilegiado y el lugar que ocupa en el orden de cobro respecto a los créditos hipotecarios o privilegiados.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que la cuestión más importante a tratar respecto de los privilegios marítimos la constituye, sin duda, la ejecución de los mismos, puesto que, como ya dijimos en su momento, estos privilegiados nacen con el objetivo de tratar de garantizar el cobro de los créditos a los que acompañan, quebrantando, para ello, el principio clásico *par conditio creditorum*, estableciendo la *reipersecutoriedad* de los mismos y evitando que entre en juego el derecho de retención de otros acreedores, si se diera el caso.

Así, dentro de este epígrafe, vamos a hacer referencia, en primer lugar, a las especialidades contempladas en el CPH 93 y en la LNM, respecto a venta forzosa del buque. Y, segundo lugar, nos centraremos en analizar la posibilidad de que, iniciado un proceso ejecutivo por un acreedor, ya sea éste privilegiado o no, comparezca otro acreedor titular de un crédito marítimo privilegiado y solicite que se tenga en cuenta el privilegio de su crédito y el cobro preferente con lo obtenido en la venta forzosa del buque.

3.2.A La venta forzosa del buque

A tenor de los establecido en el artículo 480 LNM, la venta forzosa del buque se realizará según lo establecido en la LEC para la subasta de bienes muebles sujetos a

publicidad registral. Esta remisión a la LEC, no obstante, se ve matizada con algunas especialidades estipuladas en los artículos siguientes²³.

En cuanto al régimen de notificaciones, establece el artículo 481 LNM, a continuación, un régimen especial, que deberá cumplirse de forma previa a que se produzca la venta forzosa del buque²⁴. Así, podemos afirmar que antes de proceder a la venta forzosa del buque, la autoridad judicial o administrativa competente debe notificar dicha venta:

- a) Al registrador titular del Registro de Bienes Muebles, así como a la autoridad competente encargada de la inscripción del buque en el Estado que lo hubiera autorizado a enarbolar temporalmente su pabellón, si fuere el caso.
- b) A la persona que tenga inscrita a su favor la propiedad del buque.
- c) A todos los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos que no hayan sido constituidos al portador.
- d) A todos los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos constituidos al portador y de los privilegios marítimos internacionales reconocidos en el artículo 4 CPH 93, y la hipoteca naval, siempre que el juez u órgano administrativo competente hubiera recibido notificación de sus respectivos créditos.

Esta notificación debe realizarse con, al menos, treinta días de antelación a la fecha prevista para la venta forzosa y contendrá la fecha y el lugar de la venta, así como como toda la información relativa a ella o al proceso a través del cual se esté llevando a cabo, y que pueda ser necesaria para proteger los intereses de estas personas. Si no se conociese a tiempo el lugar y fecha, se realizará la notificación con fecha y lugar provisional, y cuando se tenga certeza, se comunicará esta información de nuevo.

Respecto al modo de realizar la notificación, se remite al sistema contemplado en la LEC y a la normativa administrativa correspondiente, según se trate de una venta judicial o administrativa, respectivamente, pudiendo realizarse por correo certificado, por medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo que permita obtener constancia de su recepción, aun cuando la persona a notificar tenga su domicilio fuera de España. No obstante, en caso de resultar aplicable un tratado internacional que así lo exija, la notificación se practicará por anuncios publicados en dos periódicos de ámbito nacional, pudiendo, además, insertarse los edictos en otras publicaciones si la autoridad judicial o administrativa que proceda a la venta forzosa lo estima conveniente.

Por otra parte, permite también el artículo 485 LNM que la venta forzosa del buque se realice por persona o entidad especializada, para lo cual se remite también al régimen previsto en el artículo 641 LEC sin ninguna especialidad o limitación.

²³ Vid. SANJUÁN MUÑOZ, E., “Especialidades procesales en la nueva Ley de la Navegación Marítima”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Navegación Marítima*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs.475 a 498.

²⁴ Coincide en los sustancial, este régimen con lo dispuesto en el artículo 11 CPH 93.

En cuanto a los efectos de la venta forzosa, establece el artículo 484 LNM que una vez producida ésta, quedarán sin efecto y se ordenará la cancelación de todas las hipotecas y gravámenes inscritos, salvo aquellos en los que el comprador se hubiere subrogado con el consentimiento de los acreedores, así como todos los privilegios y otras cargas de cualquier género que pudieran recaer sobre el buque²⁵.

Eso sí, en este caso, no resulta aplicable, por indicación expresa, ni el artículo 666 LEC sobre sobre la valoración de muebles para la subasta, ni el 668.3 LEC acerca de la consulta de la certificación e información registral del bien, ni el 670 LEC, sobre la aprobación del remate, el pago y la adjudicación de bienes al acreedor. El motivo de esta exclusión es que, si aplicásemos estos artículos, se produciría, en la práctica, una alteración en el orden de preferencia, con la consecuente pérdida de protección procesal para los acreedores titulares de un crédito marítimo privilegiado²⁶.

3.2.B Destino de la suma obtenida con la venta forzosa del buque

El artículo 486 LNM, establece que no será de aplicación, a pesar de la remisión prevista a la LEC, el artículo 672 de la misma, en cuanto a al destino de las sumas obtenidas en la subasta. Ello se debe a que el propio CPH 93 y la LNM contemplan un régimen específico de pago y destino de las sumas obtenidas con la venta forzosa del buque.

Así, establece el artículo 486 LNM, en reflejo a lo establecido en el 12.2 CPH 93, que en el momento en que se produzca la venta del buque, se pagarán, en primer lugar, las costas y gastos causados desde el momento en que se produce el embargo preventivo o en la ejecución y venta judicial del buque. Estas costas y gastos los constituyen:²⁷

1. El costo de la conservación del buque.
2. La manutención de la tripulación.
3. Los créditos laborales frente a la tripulación
4. Los gastos de repatriación de la tripulación.
5. Las Cuotas de la seguridad social de los miembros de la tripulación pagaderas en su nombre.

Por otra parte, en virtud del apartado 3 de este artículo 12 del CPH 1993, los Estados parte pueden añadir, dentro de este concepto de costas y gastos procesales derivados del embargo preventivo y la ejecución del buque, los gastos de remoción cuando se realice la

²⁵ A este respecto, se pronuncia también el artículo 12 CPH 93, estableciendo dos condiciones: a) que en el momento de la venta el buque se encuentre dentro del ámbito de la jurisdicción de ese Estado; y b) que la venta se haya efectuado de conformidad con la legislación de ese Estado y con lo dispuesto en el artículo 11 del propio Convenio.

²⁶ Estos problemas tenían lugar antes de que se modificase el régimen de venta forzosa del buque en la LNM. Para un análisis en profundidad de estas cuestiones, vid. CLAVERO TERNERO, M., “¿Afecta la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 a las preferencias entre privilegios marítimos e hipoteca naval?”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, nº23, 2006, pág. 81 a 92.

²⁷ En idénticos términos se pronuncia el artículo 486 LNM, que reconoce la misma prioridad de pago por delante de cualquier tipo de crédito, a las costas y gastos procesales, e incluye los mismos conceptos que el CPH 1993.

venta forzosa de un buque varado o hundido tras su remoción por una autoridad pública en interés de la seguridad de la navegación o de la protección del medio ambiente marino. Esta posibilidad ha sido recogida en el ordenamiento español a través del artículo 122.2 LNM.

En cualquier caso, lo importante es tener en cuenta que hasta que no se hayan satisfecho, en primer lugar, estas costas y gastos causados por el embargo preventivo y la ejecución del buque, no empieza realmente a asignarse el remanente al pago a los créditos del deudor marítimo.

3.3 Los créditos marítimos privilegiados en los procesos ejecutivos iniciados por un tercero

Decíamos anteriormente que, iniciado un proceso ejecutivo por un acreedor, ya sea este privilegiado o no, podía comparecer otro acreedor titular de un crédito marítimo privilegiado y solicitar que se tenga en cuenta el privilegio de su crédito y el cobro preferente con lo obtenido en la venta forzosa del buque.

Nos encontramos, entonces, con la necesidad de determinar cuál es el orden definitivo de prelación de créditos a tener en cuenta en estos casos, y el procedimiento a través del cual puede dicho acreedor hacer valer su privilegio en estos procesos ejecutivos.

3.3.A Orden de prelación de créditos en la ejecución del buque

Como ya vimos en el punto anterior, una vez realizada la venta del buque, se pagarán, en primer lugar, las costas procesales y gastos originados por el embargo preventivo o por la ejecución y subsiguiente venta del buque, y tras éstos, los créditos marítimos privilegiados reconocidos en el CPH 93.

Ahora bien, se nos plantea ahora la cuestión de cómo ordenar internamente, la prevalencia de créditos entre ellos, en aquellos casos en los que concurren diversos acreedores con privilegios marítimos. A ésta responde el apartado 2 del artículo 5 CPH 93, según el cual, el orden de prevalencia entre los privilegios marítimos es el siguiente:

- 1.º Los créditos laborales debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre.
- 2.º Los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque, ya sean de naturaleza contractual o extracontractual.
- 3.º Los créditos por salvamento marítimo del buque.
- 4.º Los créditos por derechos derivados de los servicios recibidos por el buque durante su estancia en un puerto, canal y de otras vías navegables, así como de las ayudas recibidas a la navegación por contrato de practicaje.

5.º Los créditos nacidos de la culpa extracontractual por razón de la pérdida o daños materiales causados por la explotación del buque.

Eso sí, se establece también una regla especial respecto a los créditos por salvamento marítimo del buque, pues éstos tendrán preferencia sobre todos los demás privilegios marítimos que ya existieran antes de realizarse las operaciones de salvamento. Quiere esto decir, entonces, que los créditos por salvamento marítimo del buque, adelantan a los créditos laborales y a los créditos por daños anteriores a las operaciones de salvamento, pero mantienen su posición respecto a los nacidos con posterioridad.

El motivo por el que se dispensa un trato tan distinto a los privilegios marítimos nacidos de los créditos por salvamento marítimo, es doble. De un lado, porque gracias a las operaciones de salvamento realizadas, el buque o aeronave objeto de garantía, está disponible para la venta judicial, y, por tanto, que gracias al auxilio prestado puedan cobrar su crédito los demás acreedores, privilegiados o no. Y, de otro lado, además, porque se pretende con ello incentivar a los operadores del salvamento para que lleven a cabo esta labor.

Pero, además, debemos prever que pueden concurrir diversos créditos marítimos privilegiados que ocupen el mismo orden de prelación, en cuyo caso, concurrirán entre ellos a prorrata, salvo que se trate de créditos por salvamento marítimo, en cuyo caso, en aplicación de la regla especial que acabamos de ver, tendrán prelación entre sí por el orden inverso al de la fecha de nacimiento de los créditos garantizados con esos privilegios, en virtud de la fecha en que concluyó cada operación de salvamento.

Satisfechos los privilegios marítimos, es momento de referirnos a los derechos retención de los constructores o reparadores de buques. Dijimos con anterioridad que uno de los efectos que se derivan de los privilegios marítimos, es que impedía la aplicación del derecho de retención de estos acreedores. Esto es así porque el artículo 12.4 CPH 93, establece que, en caso de existir un derecho de retención reconocido a favor de un constructor o reparador de buques, por la legislación nacional del Estado parte en que se realiza la venta judicial del buque, el constructor o reparador de buques deberá entregar al comprador la posesión del buque, pero podrá obtener el pago de su crédito una vez satisfechos los créditos de los titulares de los privilegios marítimos de origen internacional²⁸.

Como puede observarse, estos acreedores pierden la posibilidad de ejercitar su derecho de retención para facilitar la venta judicial del buque, pero, a cambio, obtienen la ventaja de posicionar su crédito justamente tras el pago de los privilegios marítimos internacionales, quedando, incluso por delante, del pago de la hipoteca naval, y otras cargas y gravámenes inscritos, así como de los privilegios marítimos de origen nacional propios de cada Estado. Ahora bien, recordamos también en este momento que, en lo que se refiere a la legislación española, el artículo 139 LNM limita esta ventaja al constructor

²⁸ Acerca del régimen de estos privilegios vid. MARTÍNEZ DE AZCOITIA, L. Y SÁNCHEZ-FAYOS MARTÍN-PEÑA, J., “La hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de navegación marítima”, *Revista de Derecho del Transporte*, nº 19, 2017, pág. 163.

cuando en virtud de pacto la propiedad del buque pertenezca al comitente, lo cual supone que el comitente debe ser el propietario del buque.

Ahora sí, tras el pago de los créditos que acabamos de examinar, corresponde satisfacer las hipotecas, cargas o gravámenes, siempre que cumplan con los siguientes requisitos de establecidos en el CPH 93:

1. Que hayan sido constituidos e inscritos en un registro de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque.
2. Que el registro y los documentos que se hayan de presentar al registrador, puedan ser libremente consultados por el público y se pueda solicitar al registrador el libramiento de extractos del registro y copias de esos documentos.
3. Que en el registro o en alguno de estos documentos presentados al registrador y consultables por el público, se especifique, por lo menos, el nombre y la dirección de la persona a favor de la cual se haya constituido la hipoteca, el mortgage o el gravamen, o el hecho de que esa garantía ha sido constituida al portador; el importe máximo garantizado, si la legislación del Estado de matrícula estableciere ese requisito o si ese importe se especificare en el documento de constitución de la hipoteca, el mortgage o el gravamen; y la fecha y otras circunstancias que, de conformidad con la legislación del Estado de matrícula, determinen su rango respecto de otras hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos.

Una cuestión que debemos tener en cuenta al hablar de las hipotecas, cargas y gravámenes inscritos, es la de los derechos refaccionarios. El CPH 93 no hace referencia expresa a ellos, pero el artículo 138 LNM sí que los recoge como categoría de créditos, entendidos como aquellos créditos que tienen como objetivo financiar la construcción o reparación del buque o aeronave²⁹. Actualmente, estos créditos se sitúan al mismo nivel de los créditos hipotecarios, es decir, como auténticos créditos privilegiados con derecho real de garantía, pues así lo establece el artículo 138 LNM, siempre que tales créditos figuren inscritos o anotados en el Registro de Bienes Muebles, rigiéndose esta anotación por lo dispuesto en la legislación hipotecaria aplicable a los buques³⁰. Es más, dispone, a continuación, este artículo que la anotación surtirá todos los efectos de la hipoteca sin necesidad de convertirse en inscripción y tendrá la duración de cuatro años y las prórrogas establecidas con carácter general para las anotaciones preventivas.

Por tanto, puede decirse que los créditos refaccionarios, serán considerados créditos privilegiados con derecho real de garantía, en caso de que estén debidamente inscritos o anotados en el Registro, por el contra, aquellos créditos refaccionarios no inscritos o anotados, no disponen de derecho real de garantía, por lo que quedan en la categoría de créditos con privilegio especial, y solamente, como decíamos al principio, podrán situarse con preferencia en el cobro, por delante de los acreedores ordinarios.

²⁹ Para un estudio en profundidad del nacimiento y evolución de estos créditos desde la antigua Roma hasta el Derecho Marítimo moderno, vid. GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Los privilegios marítimos sobre el buque*, op. cit., pp. 23 a 25.

³⁰ En la Ley Hipotecaria, los créditos refaccionarios se regulan en los artículos 59 a 64.

Llega, por último, el turno de los privilegios marítimos de ámbito nacional creados en virtud del artículo 6 CPH 93, pues éstos no se encuentran incluidos en el orden de ejecución que hemos analizado para los privilegios marítimos internacionales reconocidos en el CPH 93, sino que ocupan el último puesto en el orden de pago, tras los privilegios reconocidos en el Convenio, y, lo que, es más, se sitúan tras el pago a hipotecas, cargas o gravámenes que cumplan con los requisitos mínimos de inscripción y publicidad registral.

Por tanto, podemos finalmente decir que el orden por el que se deben satisfacer los créditos, en caso de ejecución del buque o aeronave es el siguiente:

1. Costas procesales y gastos originados por el embargo preventivo o por la ejecución y subsiguiente venta del buque.
2. Los créditos por salvamento marítimo del buque
3. Los privilegios marítimos de origen internacional reconocidos en el CPH 93:
 - a. Los créditos laborales debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre.
 - b. Los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque, ya sean de naturaleza contractual o extracontractual.
 - c. Los créditos por salvamento marítimo del buque.
 - d. Los créditos por derechos derivados de los servicios recibidos por el buque durante su estancia en un puerto, canal y de otras vías navegables, así como de las ayudas recibidas a la navegación por contrato de practicaje.
 - e. Los créditos nacidos de la culpa extracontractual por razón de la pérdida o daños materiales causados por la explotación del buque.
4. Los créditos por construcción o reparación del buque que diesen origen a un derecho de retención a favor de sus acreedores.
5. Hipoteca naval, cargas y gravámenes, y derechos refaccionarios correctamente constituidos e inscritos.
6. Privilegios marítimos nacionales propios de cada estado y creados al amparo del CPH 93.
7. Créditos con privilegio especial
8. Créditos con privilegio general
9. Créditos ordinarios.

3.3.B Las tercerías de mejor derecho

1. Proceso ordinario de ejecución

Como es sabido, el proceso ordinario de ejecución es el proceso de ejecución general por excelencia a través del cual los titulares de cualquier tipo de crédito pueden tratar de ver satisfechos sus intereses, a través del embargo de los bienes del deudor. Ahora bien, el hecho de que un acreedor, con independencia de la naturaleza de su crédito, pueda iniciar este proceso de ejecución singular, no significa que no puedan tenerse en cuenta en el

mismo otros créditos de otros acreedores, si no que, muy al contrario, los titulares de otros créditos distintos al que da inicio al proceso de ejecución pueden intervenir en éste, ejercitando la acción que corresponda según la naturaleza de su crédito y, en este caso, entonces, habrá de tenerse en cuenta el orden de prelación existente entre todos ellos.

La institución que permite la intervención de un acreedor en un proceso de ejecución ajeno iniciado por el titular de otro crédito distinto al suyo no es otra que la tercería de mejor derecho, regulada en la LEC, y a la cual remite la propia LNM en su artículo 483.1, cuando regula la venta forzosa de buques, al disponer expresamente que los titulares de créditos marítimos privilegiados podrán comparecer y formular la correspondiente tercería de mejor derecho, en la forma y con los efectos previstos en los artículos 614 a 620 LEC.

Por tanto, la tercería de mejor derecho permite así que, iniciado un proceso de ejecución, un tercero distinto al ejecutante y ajeno al mismo, ejercite una o varias acciones entrando en el proceso y haciendo valer su privilegio y preferencia en el cobro del crédito del que es titular, de manera que, sin impedir que dicho proceso continúe, vería su crédito satisfecho en primer lugar, y con prioridad al crédito del ejecutante, con la suma obtenida tras la enajenación forzosa del bien.

Las acciones a ejercitar dependerán, no obstante, de si el tercerista dispone o no de título ejecutivo donde conste su crédito, pues, si es así, bastará con dirigir su demanda frente al ejecutante, pero, en caso contrario, ésta deberá ir frente a ejecutante y ejecutado, ya que, no sólo debe, en este caso, acreditar y probar el privilegio de su crédito y la preferencia en el cobro frente al crédito del ejecutante, sino también, la existencia en sí misma del propio crédito, tal y como tuvimos ocasión de ver al analizar³¹.

Otra cuestión importante a tener en cuenta en este sentido, es la determinación del momento a partir del cual que puede, el titular del crédito marítimo privilegiado, hacer valer su preferencia de cobro solicitando incorporarse al proceso de ejecución ya iniciado, pues no debemos olvidar que se trata de un privilegio especial, es decir, que la preferencia en el cobro de estos créditos está directamente relacionada con el embargo y la venta judicial del buque o aeronave.

Siendo así, conviene señalar, que el momento inicial a tener en cuenta en este caso, no es desde que se acuerda el despacho de la ejecución, como ocurre con los privilegios generales, si no, desde el momento en que se produce el embargo del buque, y hasta que se haga entrega al ejecutante de la suma adeudada para saldar su crédito obtenida mediante la ejecución forzosa de la aeronave.

No obstante, no debemos confundir el momento a partir del cual puede el titular del privilegio marítimo solicitar entrar en el proceso de ejecución interponiendo la correspondiente demanda de tercería, con el momento a partir del cual se hará efectiva dicha entrada, pues esta circunstancia depende, no del tipo de privilegio, si no de si dicho crédito privilegiado consta o no en un título ejecutivo, de manera que, en caso de disponer

³¹ Así se desprende del artículo 617.2 LEC.

de dicho título, si que podrá intervenir en la ejecución desde que resulte admitida la demanda, pero si no dispone de éste, sólo podrá intervenir en el proceso cuando se estime su demanda, en caso, por supuesto, de que esto tenga lugar finalmente.

Eso sí, en caso de estimarse la tercería, antes de entregar al acreedor del privilegio marítimo la cantidad estipulada, habrá de satisfacerse al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas hasta el momento en que se hubiese dictado la sentencia de tercería.

2. Proceso de ejecución hipotecario

Además de poder acudir al proceso ordinario de ejecución, determinados acreedores en determinadas circunstancias, como ya hemos visto, tienen también la posibilidad de reclamar la satisfacción de su crédito a través del conocido proceso hipotecario, el cual presenta determinadas especialidades en relación al primero, con las que se intenta beneficiar la posición de los titulares de estos créditos específicos.

Así, este proceso especial, puede ser utilizado para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, lo que incluye expresamente a las deudas garantizadas por hipoteca naval, siempre y cuando, el ejercicio de esta acción se deba a alguna de las causas, previstas en los apartados a) y e) del artículo 140 LNM, esto es, o que se haya producido el vencimiento del plazo para la devolución del capital o para el pago de los intereses, en la forma que se hubiere pactado, o que se cumplan las condiciones pactadas como resolutorias de la obligación garantizada, y todas las que produzcan el efecto de hacer exigible el capital o los intereses³².

En caso de darse otras circunstancias distintas a éstas, pero reconocidas también en los restantes apartados del artículo 140 LNM, para poder ejercitarse esta acción será necesario, si es por la declaración en concurso del deudor, presentar testimonio de la ejecutoria donde conste la declaración de concurso; y si es porque el buque hipotecado sufre un deterioro que lo inutilice definitivamente para navegar o si existieren dos o más buques afectos al cumplimiento de una misma obligación y ocurriese la pérdida o deterioro que inutilice definitivamente para navegar a cualquiera de ellos, salvo pacto en contrario, presentar certificación emitida por la Administración competente donde constate la situación real del buque³³.

Llegados a este punto, podemos preguntarnos por la relación entre este proceso especial de ejecución con los créditos marítimos privilegiados, pues a pesar de ser considerados éstos, derechos de garantía sobre el buque de origen legal, llegando incluso a ser

³² En caso de darse la circunstancia prevista en el apartado a) del artículo 140 LNM, debe tenerse en cuenta, además, lo establecido en el artículo 693 LEC, según el cual, para poder hacer uso de este proceso, debe haberse dejado de pagar una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses.

³³ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que además de esta exigencia específicamente relacionada con la hipoteca naval, e introducida en la LEC a través de la LNM de 2014, deben cumplirse, también, una serie de requisitos establecidos de forma general en la regulación que hace de este proceso la LEC en sus artículos 681 ss.

calificados como hipotecas legales tácitas, ya vimos que no cumplen los requisitos para poder acudir a este procedimiento. Sin embargo, no podemos olvidar que como hemos visto a lo largo de este estudio, los créditos con privilegios marítimos se sitúan, en el orden de prelación de créditos, por encima de la hipoteca naval, de manera que, es necesario tener en cuenta, en este procedimiento también, la institución de la tercería de mejor derecho, dado que, así lo autoriza expresamente el artículo 483.2 LNM, según el cual, los titulares de créditos marítimos privilegiados podrán comparecer y formular las correspondientes tercerías de mejor derecho en cualquier procedimiento judicial de ejecución de hipoteca naval.

Eso sí, debe tenerse en cuenta que los privilegios marítimos de ámbito nacional creados en virtud del artículo 6 CPH 93, como ya dijimos en su momento, no se encuentran incluidos en el orden de ejecución que hemos analizado para los privilegios marítimos internacionales reconocidos en el CPH 93, sino que ocupan el último puesto en el orden de pago, tras los privilegios reconocidos en el Convenio, situándose, incluso, tras el pago de hipotecas, cargas o gravámenes que cumplan con los requisitos mínimos de inscripción y publicidad registral.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas, hemos podido comprobar que no son pocas las cuestiones controvertidas que se plantean respecto a los créditos marítimos privilegiados. Se entrelazan en esta figura instituciones y principios presentes en los ordenamientos jurídicos de las civilizaciones actuales desde tiempos remotos pues, como es de sobra conocido, la navegación marítima es, y ha sido siempre, un pilar básico en el desarrollo de la vida humana.

Además, debemos tener presente una confluencia de distintas ramas del Derecho, pues se trata de una materia profundamente interdisciplinar. De un lado, nos encontramos frente al Derecho Marítimo en estado puro. Pero también, frente al Derecho Mercantil, pues no cabe duda alguna de que una parte fundamental del Derecho Marítimo, está conformada por el comercio marítimo. Y, de igual manera, están relacionados con el Derecho Civil, y particularmente con el Derecho Crediticio; el Derecho Administrativo, el Derecho Laboral, y como no podía ser de otra manera, con el Derecho Procesal. Y todo ello, marcado con un profundo carácter internacional, ya que la internacionalidad es consustancial al propio Derecho de la Navegación Marítima.

Por todo ello, como ya advertimos al inicio de estas páginas, la existencia de los créditos marítimos privilegiados no da lugar, únicamente, a un criterio de ordenación de créditos y acreedores si no que éstos remiten a un conjunto de numerosas especialidades a tener en cuenta, tanto respecto de su configuración legal y regulación sustantiva, como respecto de la perspectiva procesal.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta la existencia tanto de créditos marítimos privilegiados de carácter y origen internacional, es decir, los reconocidos en el CPH 93,

como de origen nacional, propios de cada Estado, ya que alcance y régimen del privilegio es distinto en cada caso.

Por otra parte, también es importante destacar que estos privilegios poseen una naturaleza jurídica accesoria, es decir, que acompañan al crédito, pero tienen identidad e independencia respecto al mismo, de manera que existen causas de extinción del crédito y causas propias de extinción del privilegio, pudiendo darse la situación de estar extinguido el privilegio, pero no el crédito. A este respecto, nos encontramos con una cuestión de gran importancia: la posibilidad de suspender o interrumpir el plazo de prescripción establecido para reclamar el crédito reconociendo los efectos del privilegio. A nuestro entender, sería posible entenderlo así, en caso de que no se pueda proceder al embargo preventivo o a la ejecución del buque, eso sí, por imperativo legal.

También en lo concerniente al reconocimiento y ejecución del privilegio, encontramos que la regulación no es taxativamente clara sobre las acciones ejercitables en relación a estos créditos y los procesos a través de las que éstas se pueden ejercitar. Esto se debe a la evolución que se ha ido produciendo a lo largo de los años en la regulación sustantiva, fundamentalmente en lo que al régimen internacional se refiere, pues los propios créditos con privilegios marítimos pasan de ser créditos formalmente constituidos y publicitados, a créditos informales con mínimos requisitos de constitución y publicidad. Por tanto, el tratamiento procesal que se dispense no se puede pretender que sea el mismo.

Así, si bien es cierto que, tradicionalmente se ha venido afirmando que uno de los efectos principales de estos créditos es que son directamente ejecutables, en la actualidad, y con la regulación que de los mismos encontramos en el CPH 93 y en nuestra propia legislación nacional, esta afirmación ya no resulta cierta, con carácter general, si no que, por el contrario, para poder tramitarse un proceso de ejecución, será necesario, en la mayor parte de los casos, obtener un título ejecutivo que lo permita a través del correspondiente proceso declarativo.

Y no es esta una cuestión simple ni carente de importancia, si no todo lo contrario, fundamental para poder obtener la tan necesaria tutela judicial efectiva y protección del crédito.

Por tanto, hemos podido ver, ahora ya, al término de este estudio, como, efectivamente, son muchas las especialidades que presentan en ambos sentidos, pero, si bien, suele ponerse el acento o recalcar la importancia de los efectos que estos créditos producen en el Derecho de la Navegación Marítima y en el Derecho Crediticio, nosotros hemos querido hacer hincapié en una serie de cuestiones procesales, igualmente importantes, que deben también tenerse en cuenta a la hora de hacer valer el privilegio con que cuentan estos créditos; cuestiones que, desde hace no pocos años, han supuesto auténticos problemas en la materialización de ese conocido derecho de realización derivado de los créditos con privilegio marítimo.

A nuestro entender, los textos legales que regulan estos créditos, tanto el CPH 93, como la LNM, han sabido, con su evolución legislativa y modernización, ir resolviendo muchos de estos problemas, aunque, no obstante, sería conveniente realizar una mejora

sistemática y conceptual de lo que podríamos denominar el Derecho Procesal Marítimo, pues pondría fin a las cuestiones que aún hoy siguen en debate y simplificaría la tutela procesal que reciben estos acreedores.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, C., “Viejos y nuevos problemas de los privilegios marítimos”, en AA.VV., Estudios de Derecho Marítimo, Navarra, Cizur Menor (Thomoson Reuters Aranzadi), 2012, pág. 293 a 316.

CASAS ROBLA, J., “Los privilegios marítimos”, en AAVV., Comentarios a la Ley de la Navegación Marítima, Madrid, Dykinson, 2015, pág. 91 a 108.

CLAVERO TERNERO, M., “¿Afecta la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 a las preferencias entre privilegios marítimos e hipoteca naval?”, en Anuario de Derecho Marítimo, nº23, 2006, pág. 81 a 92.

DEL CORTE LÓPEZ, J., Especialidades procesales en la Ley de la navegación marítima, en AA.VV. Comentarios sobre la ley de la navegación marítima, Madrid, Marcial Pons, 2015, pág. 753 a 780.

DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios como mecanismo de protección del crédito”, en AA.VV., Preferencias de créditos, Manuales de formación continuada 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 23 a 155.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “La ejecución extraconcursal del buque”, Anuario de Derecho Marítimo, núm. 27, 2010, pág. 117 a 174.

FONTESTAD PORTALÉS, L., Conocimiento de embarque como título ejecutivo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

FONTESTAD PORTALÉS, L., Navegando hacia el futuro: propuestas de reformas procesales en la LNM y el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo, Navarra, Aranzadi, 2021.

GABALDÓN GARCÍA, J.L., Los privilegios marítimos sobre el buque, tesis doctoral presentada en Madrid en 1992.

GABALDÓN GARCÍA, J.L. Y RUÍZ SOROA, J.M., Manual de Derecho de la Navegación, Marítima, Madrid, Marcial Pons, 2006.

MARTÍNEZ DE AZCOITIA, L. Y SÁNCHEZ-FAYOS MARTÍN-PEÑA, J., “La hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de navegación marítima”, Revista de Derecho del Transporte, nº 19, 2017, pag. 143 a 163.

PULIDO BEGINES, J.L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Madrid, Tecnos, 2009,

ROBLES GARZÓN, J.A., “La función jurisdiccional”, en AA.VV., *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Tecnos, 1^aed., 2017, pág. 51 a 61

RUEDA MARTÍNEZ, J.A., *Los privilegios marítimos*, en AA.VV. *Comentarios sobre la Ley de la Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pág. 173 a 196.

RUEDA MARTÍNEZ, J.A., *Los privilegios marítimos*, en AA.VV. *Ley de la Navegación Marítima, balance de su aplicación práctica*. Madrid, Marcial Pons, 2019, pág. 121 a 142

RUIZ SOROA, J.M., “Los privilegios marítimos”, en AA.VV.. *Preferencias de créditos, Manuales de formación continuada 2*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 311 a 369.

SANJUÁN MUÑOZ, E., “Especialidades procesales en la nueva Ley de la Navegación Marítima”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Navegación Marítima*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 128europ.475 a 498.

VEIGA COPO, A.B., “Privilegios sobre buques y aeronaves”, en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, t.II, Navarra, Cizur menor (Aranzadi), 2012, pág. 2357 a 2366.

VELASCO NATES, A., “El derecho de retención de la mercancía como garantía del pago del flete, demoras y otros gastos en la Ley de la Navegación Marítima”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 197 a 210.

Régimen de responsabilidad en el contrato de transporte de viajeros por carretera

Liability regime in the contract of carriage of passengers by road

BLANCA ROMERO MATUTE

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Cádiz (España)

blanca.romero@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-1341-0335>

Resumen: El estudio tiene por objeto el análisis de la responsabilidad en el marco del contrato de transporte terrestre de viajeros por carretera. En particular, se estudia la responsabilidad del porteador, cuyo alcance viene determinado por distintos regímenes legales, que convergen en ocasiones de forma cumulativa y, en otras, de forma subsidiaria. Desde esta perspectiva se analizan también las distintas coberturas asegurativas que, bien con carácter obligatorio o voluntario, podemos encontrar en el ámbito del transporte de viajeros y la compatibilidad de las indemnizaciones a que pudieran dar lugar en caso de siniestro.

Abstract: The aim of this study is an analysis of liability within the framework of the contract of land carriage of passengers by road. In particular, the carrier's liability is studied, the extent of which is determined by different legal regimes, which converge sometimes cumulatively and sometimes in a subsidiary manner. From this perspective, the different insurance coverages, both mandatory and voluntary, that can be found in the field of passenger transport and the compatibility of the different compensations that could be claimed in the event of an accident, are also analysed.

Palabras claves: transporte, carretera, porteador, viajeros, responsabilidad, seguro obligatorio de viajeros, seguro de responsabilidad civil.

Recepción: 30/09/2021

Aceptación: 16/11/2021

Cómo citar este trabajo: ROMERO MATUTE, Blanca, "Régimen de responsabilidad en el contrato de transporte de viajeros por carretera", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 129-178, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.06>

Keywords: *transport, road, carrier, passengers, liability, compulsory passenger insurance, civil liability insurance.*

Sumario: 1. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES PREVIAS. 2. RÉGIMEN JURÍDICO Y MODALIDADES DE TRANSPORTE TERRESTRE POR CARRETERA. 3. CONTENIDO OBLIGACIONAL Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA. 3.1 Obligaciones y responsabilidad del viajero. 3.2 Obligaciones y responsabilidad del porteador. 3.2.A. Las obligaciones del porteador. 3.2.B. La responsabilidad del porteador. 3.2.B.a Daños personales a los viajeros. 3.2.B.b Daños a los equipajes y bultos de mano. 3.2.B.c Cancelación, interrupción, retraso en la salida. 3.2.B.d Cuestiones procesales. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES PREVIAS

El contrato de transporte terrestre de viajeros por carretera es aquel en el que una persona (porteador) se obliga, a cambio de un precio, a trasladar personas y, en su caso, sus equipajes, de un lugar a otro, en vehículos automóviles que circulen sin camino de rodadura fijo, y sin medios fijos de captación de energía, por toda clase de vías terrestres urbanas o interurbanas¹. La prestación por cuenta propia o ajena y la onerosidad de la

¹ Dentro del transporte terrestre también incluimos, con las matizaciones que a continuación se expondrán, los eventuales transportes nacionales de viajeros que utilicen las rutas que marcan los ríos o el transporte lacustre, dada la ausencia de regulación específica y siguiendo la tradición de someterlo a la calificación y al régimen de los transportes terrestres. No obstante, en esta materia no podemos desconocer, por un lado, que el legislador europeo, en lo que se refiere al reconocimiento de derechos a los pasajeros, otorga un tratamiento uniforme a las vías marítimas y a las vías navegables, entendiendo por éstas las «masas, o sistema de masas interconectadas, de aguas interiores navegables, de carácter natural o artificial, que se utilizan para transporte, como lagos, ríos o canales o cualquier combinación de éstos» (en particular, el Reglamento 1177/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, *sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables* —no aplicable a los circuitos de excursión y turísticos, excepto los cruceros, ni a los viajes combinados ni a los buques que transportan un máximo de 12 pasajeros— introduce un detallado sistema de compensaciones económicas en los supuestos de retraso y cancelación de salidas de ciertos tipos de viajes, regulando también la información mínima que debe facilitarse a los pasajeros y la tramitación de las reclamaciones a que hubiere lugar). Y, por otro lado, que no se da un tratamiento jurídico uniforme a las eventuales responsabilidades derivadas de accidentes; en efecto, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de *Navegación Marítima* (LNM), considera en su artículo 1.^º que también es navegación marítima la que se lleva a cabo por las aguas de los ríos, canales, lagos, o embalses naturales o artificiales, cuando sean accesibles para los buques desde el mar, pero sólo hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como en los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general, lo que implica la reclamación de la aplicación en este ámbito del régimen de responsabilidad del porteador del Convenio Internacional *relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar*, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974 (PYE/PAL), con sus protocolos de modificación, así como del Reglamento 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente y de la propia LNM. La navegación por el resto de las aguas interiores se regirá por la legislación reguladora del dominio público hidráulico (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas* y el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico*) y por las demás disposiciones que le sean de aplicación. La legislación reguladora del dominio público hidráulico, además de regular los requisitos administrativos de acceso a la actividad de navegación (requiriéndose bien la previa declaración responsable para el acceso a usos comunes especiales

realización del transporte constituyen las condiciones esenciales de la existencia de un contrato mercantil de transporte de personas, pues junto a la profesionalidad del transportista y disponibilidad de los medios adecuados para el desarrollo efectivo de la actividad de transportar (vehículos, conductores profesionales, etc.), es precisamente lo que permite distinguir los transportes privados, bien los particulares o los complementarios de una actividad empresarial cuyo objeto no sea el transporte (artículos 62.3 y 100 a 105 Ley 16/1987, de 30 de julio, de *Ordenación de los Transportes Terrestres*, LOTT; artículos 156 a 158 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre; ROTT), del transporte público (artículo 62.2 LOTT), explotado como actividad mercantil, y justifica el mantenimiento de una regulación autónoma para cada tipo en nuestro ordenamiento jurídico.

El contrato de transporte terrestre de viajeros no difiere del contrato de transporte de cosas, participando de la naturaleza jurídica propia de los contratos de obra, en los que lo relevante en cuanto a la identificación de la prestación objeto de la obligación, es decir, lo que es debido, es el resultado²; y, para cumplir exactamente la obligación, el deudor debe alcanzar el fin pactado. Particularmente, queda enmarcado en la categoría de la *locatio operis*, como subespecie del arrendamiento de obra, caracterizado por el tipo del resultado prometido. Esta calificación no impide que el deudor, necesariamente en este tipo de contrato, además de obligarse a la consecución de un resultado final, se oblige, al mismo tiempo, al ejercicio de una cierta actividad con la diligencia necesaria, que no

como la navegación, incluida la recreativa en embalses, y establecimiento de barcas de paso; o bien, sometiendo al régimen de concesión administrativa el uso privativo de las aguas para usos recreativos, de navegación y de transporte acuático), se limita a atribuir a quienes presenten declaraciones responsables para navegar la responsabilidad de que sus embarcaciones cumplan con la legislación vigente en cuanto a estabilidad de las mismas, elementos de seguridad y buen estado de conservación y a exigir el aseguramiento obligatorio contra daños a terceros de las embarcaciones de propulsión a motor o vela con eslora superior a cuatro metros.

² En este sentido, vid., por todos, PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», en AA.VV., *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, dir. por MENÉNDEZ GARCÍA, P., T. II, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2014, págs. 861 a 871; DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional de mercancías», en AA.VV., *Derecho mercantil*, Vol. 8º (*Transportes mercantiles*), coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. - DÍAZ MORENO, A., Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 245 y 246; URÍA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 703; SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. - SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pág. 479; PEINADO, J.I., «El Contrato de Transporte Terrestre (I). El transporte de mercancías y viajeros por carretera», en AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. por MENÉNDEZ, A. - ROJO, A., Civitas, Pamplona, 2019, pág. 172.

Sobre las obligaciones de resultado, vid. GULLÓN, A., *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, págs. 178; JORDANO FRAGA, J. «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 7 y ss.; LOBATO GÓMEZ, J.M., «Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 651 y ss; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pág. 38; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014, págs. 50 a 74; ROZO SORDINI, P.E, «Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y los abogados en el derecho italiano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 1999, págs. 139 a 142.

deja por ello de ser instrumental.

Se trata, en definitiva, de un contrato de transporte cuya especialidad radica en el *objeto* sobre el cual el porteador ha de desarrollar su actividad. La singularidad del objeto, esto es, las personas, influye en el régimen de la responsabilidad del porteador, pues a éste le es imposible controlar de manera absoluta la conducta de los viajeros, que pueden sufrir daños por imprudencia propia.

En cuanto a sus caracteres, se trata de un negocio jurídico consensual, bilateral, sinalagmático, oneroso y mercantil. Según la tipología del transporte, será de trato único (servicios regulares de uso general) o de trato sucesivo (servicios regulares especiales y, generalmente, los servicios discrecionales), de adhesión y formal *ad probationem* (servicios regulares de uso general).

En efecto, el contrato de transporte terrestre de personas es consensual, de modo que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. No obstante, en ocasiones por imperativo legal y, en otras, por constituir una práctica habitual, se expide un documento, ya sea en papel o electrónicamente —«billete», normalmente emitido al portador y de forma individual— que no goza de las características de los títulos-valores. Se trata de un título de legitimación que opera el conocido efecto de legitimación activa, de tal forma que se considerará como persona que ha contratado el transporte aquella que se presente en el momento de comenzar el viaje con el billete o que lo adquiera al acceder al mismo. No obstante, como no se produce «incorporación» del derecho al documento, es posible que el titular ejerza el derecho a que se refiere sin la exhibición del documento (y sin necesidad de procedimiento alguno de amortización). Además, acreedor y deudor (viajero y porteador) pueden recurrir a elementos extraños al documento (el contrato de transporte) para determinar el contenido, alcance y las condiciones del derecho. En términos generales, en los servicios regulares de uso general la emisión del billete se eleva a requisito formal *ad probationem*. En los servicios discretionarios o en los regulares especiales no se precisa por regla general la emisión del billete individual en favor del viajero, pues entre el organizador del transporte y el porteador y, a su vez, entre el viajero y el organizador mediará el contrato correspondiente³.

Por otro lado, para los transportes en autobús o autocar con embarque o desembarque dentro de la Unión Europea, tanto discretionarios como los regulares cuya distancia programada sea igual o superior a 250 km., el Reglamento (UE) núm. 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, *sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar*, contempla que los transportistas emitan necesariamente un billete al viajero, a menos que otros documentos concedan el derecho al transporte, pudiendo documentarse en formato electrónico. Por su parte, sin limitación de distancias, respecto al transporte regular de uso general internacional y de cabotaje, el Reglamento (CE) núm. 1073/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre, *por el que se*

³ PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», op. cit., págs. 891 a 900.

establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, contempla que los transportistas expidan títulos de transporte individuales o colectivos que indiquen: a) los puntos de partida y de destino y, en su caso, el regreso; b) el período de validez del título de transporte, y c) la tarifa de transporte.

Finalmente, en caso de que se haya pactado el transporte de equipaje facturado, habrá que emitir un documento específico o, al menos, incorporar esta circunstancia en el billete, de modo que el viajero pueda legitimarse para solicitar la restitución del equipaje entregado al porteador para su transporte complementario.

2. RÉGIMEN JURÍDICO Y MODALIDADES DE TRANSPORTE TERRESTRE POR CARRETERA

El contrato de transporte terrestre de viajeros carece de regulación expresa en las normas jurídico privadas de nuestro ordenamiento⁴. Más allá de la posible aplicación analógica de los preceptos del *Código civil* dedicados a los transportes terrestres no sometidos a la legislación mercantil, artículos 1601 a 1603, y de la aplicación de los generales del arrendamiento de obra y del Texto Refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), así como de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *de Condiciones Generales de la Contratación*, en caso de contratos de adhesión, sólo en las normas jurídico públicas encontramos referencias normativas expresas al transporte de viajeros por carretera.

Así, con independencia de las normativas autonómicas y locales en sus respectivos ámbitos de competencia en aquellos transportes que se desarrollan exclusivamente en dichos espacios, la Ley 16/1987, de 30 de julio, *de Ordenación de los Transportes Terrestres* (en adelante, LOTT) y su Reglamento de desarrollo (aprobado por R.D. 1211/1990, de 28 de septiembre, en adelante, ROTT), regulan, entre otros extremos, las condiciones para el ejercicio de la actividad (arts. 21, 42 a 46, 63 a 65, 67, 70 a 86, 89, 91, 94, 95 y 99 LOTT), los transportes turísticos (arts. 110 a 112 LOTT) y los transportes internacionales (arts. 65, 106 a 108 LOTT). Los citados preceptos de la LOTT referidos al transporte de viajeros han sido objeto de una intensa revisión a través de la Ley 9/2013, de 4 de julio, atendiendo a los cambios experimentados por el mercado de transporte terrestre de viajeros, tanto en el ámbito nacional como en el de la Unión Europea. A tal efecto, se incorporaron al texto de la LOTT las exigencias introducidas por el Reglamento (CE) núm. 1071/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre, *por el*

⁴ Vid. QUINTANA CARLO, I., «La regulación del transporte terrestre de viajeros y la desidia del legislador español», *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 16 (2015), págs. 11 a 29, donde critica la ausencia de una ley formal en nuestro derecho nacional que regule el contrato de transporte terrestre de personas. Cuestiona además el posicionamiento del Ministerio de Fomento en contra de la inclusión en la propuesta de Anteproyecto de *Código Mercantil* elaborado por el Grupo XI de la Comisión General de Codificación, de la regulación del contrato de transporte de personas. Vid., además, QUINTANA CARLO, I., «Hacia una regulación unitaria del transporte de personas», en AA.VV., *El contrato de transporte de viajeros, nuevas perspectivas*, dir. por ZUBIRI SALINAS, M., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 21 a 45.

que se establecen normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el Reglamento (CE) núm. 1073/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses. Por otro lado, se adaptó el régimen de gestión de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general por carretera y ferrocarril a las reglas contenidas en el Reglamento (CE) núm. 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

Dentro del transporte terrestre por carretera encontramos distintas tipologías, según el transporte sea regular o discrecional o, siendo de una u otra clase, éste se encuadre en la categoría de transporte turístico, transporte interior, internacional o de cabotaje. Aunque todas las modalidades del transporte público de viajeros, excepto el realizado en vehículos cuya velocidad máxima autorizada no supere los 40 kilómetros por hora, quedan sometidas a la exigencia general de la posesión de una autorización que habilite para ello, expedida por el órgano competente de la Administración General del Estado o, en su caso, por el de aquella Comunidad Autónoma en que se domicilie dicha autorización (artículo 42 LOTT)⁵, encontramos diferencias en cuanto a su respectivo régimen jurídico que justifican su distinción:

a) Los *transportes públicos regulares* se efectúan dentro de itinerarios preestablecidos, y con sujeción a calendarios y horarios prefijados. A su vez, *en función de su utilización*, estos servicios regulares se clasifican entre:

i) *Transportes públicos regulares de uso general*, que van dirigidos a satisfacer una demanda general y se contratan por plaza o asiento, siendo utilizables sin discriminación por cualquier interesado. El artículo 71 LOTT les atribuye el carácter de servicio público de titularidad de la Administración⁶. El contratista de un servicio público de transporte regular de viajeros de uso general está obligado a transportar a todas aquellas personas que lo soliciten, y abonen el precio del transporte, expidiendo el correspondiente título de viaje, salvo que ello implice

⁵ Vid., al respecto RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 1995; AGOUÈS MENDIZABAL, C., «La intervención administrativa en el transporte de viajeros por carretera», *Revista del Derecho del Transporte* núm. 7 (2015), págs. 74 a 82.

Para conocer la situación actualizada del sector, consultese el Informe «*Observatorio del transporte de viajeros por carretera. Oferta y demanda*» (enero 2021) en https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/comodin/recursos/observatorio_viajeros_oferta_y_demandas_enero_2021.pdf y el informe «*Observatorio del transporte de viajeros por carretera. Contratos de Gestión de la Administración General del Estado (noviembre 2020)*» en https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/comodin/recursos/observatorio_2019.pdf.

⁶ Vid., al respecto, BLANQUER CRIADO, D.V., «El transporte de viajeros por carretera: servicio económico de interés general y libertad de empresa; las obligaciones de servicio público», en AA.VV., *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, dir. por MENÉNDEZ GARCÍA, P., T. I, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2014, págs. 691 a 750; GUILLÉN CARAMÉS, J., «Los derechos de los usuarios de transportes terrestres por carretera y ferrocarril», en AA.VV., *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, op. cit., págs. 38 a 42.

sobrepasar las plazas ofrecidas en la expedición de que se trate. El contratista únicamente podrá impedir la utilización del servicio por un viajero que estuviese en posesión del correspondiente título de viaje cuando la persona o su equipaje no reúnan las condiciones mínimas de sanidad, salubridad e higiene; cuando porten objetos que por su volumen, composición u otras causas supongan peligro o incomodidad para los otros viajeros o el vehículo; o cuando altere las normas elementales de educación y convivencia.

Como regla general, la prestación de estos servicios se llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el contrato de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general en la modalidad de concesión de servicios⁷, pudiendo no obstante ser gestionados mediante otras fórmulas o ser prestados directamente por la Administración a través de medios propios. Según establece el artículo 22 LOTT, la prestación de los transportes de viajeros que tengan atribuido el carácter de servicio público de titularidad de la Administración sólo podrá ser contratada en concepto de porteador por el contratista a quien el órgano competente hubiese adjudicado su gestión o, en su caso, por el ente, organismo o entidad que la Administración competente haya creado para la gestión o coordinación de esa clase de servicios.

Precisamente por la consideración de estos transportes como servicio público, pueden converger dos relaciones jurídicas de naturaleza diversa, esto es, la del usuario y la Administración titular del servicio, regulada por las normas de Derecho público, y la del usuario con la empresa concesionaria del servicio, a la que se aplicarán las normas jurídico privadas, en particular, las de consumo. El empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de la Administración, estableciéndose las relaciones directamente entre el usuario del servicio y el empresario, que asume además el riesgo operacional.

ii) *Transportes públicos regulares de uso especial*, destinados a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios tales como escolares, trabajadores, militares, o grupos homogéneos similares que tengan un único centro concreto de actividad común, en el que el transporte tenga su origen o destino; la prestación de estos transportes queda sometida a un régimen de autorización especial por parte de la Administración, supeditado a que la empresa transportista haya convenido previamente con los usuarios la realización del transporte a través del oportuno contrato o precontrato, y coincidiendo el plazo de la autorización con el de la duración del contrato (artículo 89 LOTT).

⁷ Vid., al respecto, AGOUÉS MENDIZABAL, C., op. cit., págs. 82 a 85; CARBONELL PORRAS, E., *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, 1993, págs. 221 a 228; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Régimen jurídico del transporte terrestre de mercancías y viajeros por carretera», en AA.VV., *Derecho de la regulación económica*, dir. por MUÑOZ MACHADO, S., Vol. 6, 2010 (Transportes), págs. 11 a 308.

b) Por su parte, los *transportes públicos discretionales* se llevan a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido y son contratados, como regla general, por toda la capacidad del vehículo utilizado, salvo supuestos excepcionales de contratación por plaza con pago individual. En este sentido, se podrá autorizar, bien con carácter único o temporal, la contratación por plaza con pago individual cuando se den conjuntamente, al menos, tres de las cuatro siguientes circunstancias: que el transporte venga motivado por acontecimientos de afluencia masiva de público, no pudiendo la demanda ser satisfecha por los servicios regulares de uso general; que por su carácter ocasional no proceda el establecimiento de transportes regulares o de uso especial; que no se presten con reiteración de itinerario, calendario y horario, teniendo cada transporte una finalidad específica e independiente; o que el transporte se organice con un objetivo o finalidad común a la totalidad de los viajeros.

Los transportes públicos discretionales se someten igualmente a un régimen de autorización (artículos 91 y 99 LOTT), que habilitará, en su caso, para realizar servicios en todo el territorio nacional y para intermediar en su contratación.

Dentro de los transportes públicos discretionales, se incluyen tanto el arrendamiento de vehículos de turismo con conductor (artículo 99.4 LOTT y artículos 180 a 182 ROTT), como los servicios que tienen por objeto conectar mediante aplicaciones para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento. Esta actividad ha sido calificada como servicio en el ámbito de los transportes [STJUE 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15; también la STS 87/2018, de 25 de enero (TOL6.489.167)] y no como un mero servicio de intermediación, en atención a que este servicio no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información» sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes» dada la labor de organización del servicio subyacente de transporte que realizan las plataformas y la influencia decisiva sobre las condiciones de su prestación (desde el establecimiento de condiciones de acceso y selección de los conductores, la fijación del precio del transporte, la gestión de los trayectos, el sometimiento de los conductores a sus instrucciones y control, etc.). La consideración de dicha actividad como una modalidad más de transporte discrecional de viajeros dentro de la modalidad de arrendamiento de vehículo con conductor, implica que se condicione su ejercicio a la obtención de la correspondiente autorización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 LOTT. Además de las posibles responsabilidades administrativas derivadas de incumplimientos de dichas exigencias, las plataformas responderán frente a los viajeros según el régimen de responsabilidad del porteador, y también por los daños y perjuicios causados a terceros por negligencia o imprudencia en la prestación del servicio de transporte, tanto en el ámbito civil como, en su caso, el penal⁸.

⁸ Vid., para mayor amplitud, LÓPEZ ORTEGA, R., «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 321, 2021. Asimismo, GORRIZ LÓPEZ, C., «Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal», *Revista de Derecho del Transporte*, núm.16 (2015), págs. 77 a 98; GORRIZ LÓPEZ, C., “Taxi vs Uber: De la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 311, 2019, págs. 241 y ss.; GUILLÉN NAVARRO, N.A., «El arrendamiento de vehículos con conductor

c) Por *transporte turístico* entiende la LOTT (artículo 110) aquel que se realiza en el marco de la ejecución de un viaje combinado ofertado o que, sin tener una duración superior a las veinticuatro horas y sin incluir una pernoctación, se oferte a través de agencias de viajes, u otros intermediarios turísticos, y se preste conjuntamente con otros servicios complementarios de naturaleza turística, tales como los de manutención, guía turístico o similar. El régimen legal se limita, por un lado, a impedir que la oferta turística modifique las condiciones de prestación del transporte regular de viajeros como servicio público y la competencia injustificada de precios entre el transporte turístico y el regular; y, por otro, a prever para los discrecionales una futura reglamentación de un régimen especial que armonice las reglas generales de aplicación al transporte discrecional con las especiales características que presenta la prestación del conjunto de servicios que integran un viaje combinado. Los transportes turísticos podrán ser objeto de contratación individual y cobro por asiento, facilitando a cada viajero un billete en el que se especificará que se trata de un servicio turístico, el trayecto que comprende, las prestaciones complementarias incluidas y el precio total. Tendrán, asimismo, el carácter de turísticos los transportes de viajeros por carretera con origen o destino en aeropuertos, puertos o estaciones ferroviarias, contratados con agencias de viaje conjuntamente con el correspondiente transporte aéreo, marítimo o ferroviario, como continuación o antecedente de éste, siempre que el precio del transporte por carretera no exceda del 40 por 100 del realizado en el otro modo.

d) En el *transporte público internacional de viajeros* por carretera, esto es, aquél cuyo itinerario discurre parcialmente por el territorio de Estados extranjeros, podemos distinguir los siguientes tipos de servicios: i) Servicios regulares, que son aquéllos que aseguran el transporte de personas con una frecuencia y un itinerario determinados; ii) Servicios regulares especializados destinados al transporte de determinadas categorías de viajeros con exclusión de otros; iii) Servicios de lanzadera, que son aquéllos que se organizan para transportar en varios viajes de ida y de regreso, desde un mismo punto de partida a un mismo punto de destino, a viajeros previamente constituidos en grupos; iv) Servicios discretionales: son los servicios que no corresponden ni a la definición de

(VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, núm. 9, 2018, págs. 128 a 147; LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., «La consideración jurídica del servicio prestado por la plataforma Uber a la luz de la Jurisprudencia del TJUE», en AA.VV., *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: Perspectivas general y sectoriales*, dir. por RUBIO GIMENO, G. - ORTÍ VALLEJO, A., Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 325 y ss.; FINCK, M. (2018). «Distinguishing internet platforms from transport services: Elite Taxi v. Uber Spain», *Common Market Law Review*, Vol. 55, núm. 5, págs. 1619 a 1640; RUDA GONZÁLEZ, A. «Responsabilidad por hechos ajenos en la economía colaborativa. El caso de UBER», en AA.VV., *Collaborative Economy. Challenges & Opportunities*, coord. por BALCELLS, J., Huygens Editorial Barcelona, 2018, págs. 424 a 440; RODRÍGUEZ MARÍN, S. «Aspectos jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales», en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, coord. por RODRÍGUEZ MARÍN, S. - MUÑOZ GARCÍA, A., Bosch, Las Rozas (Madrid), 2018, págs. 43 a 76; TOURIÑO, A., «Régimen de responsabilidad de las plataformas que operan en el ámbito de la economía colaborativa», en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, op. cit., págs. 77 a 101; PAZOS CASTRO, R., «Uber, Airbnb y la llamada “influencia decisiva” de las plataformas digitales», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, págs. 1 a 14.

servicio regular ni a la definición de servicio de lanzadera y que se caracterizan, fundamentalmente, por el hecho de transportar grupos formados por encargo o por el propio transportista.

En materia de transporte internacional y de cabotaje, la LOTT opta básicamente, por remitirse a las reglas contenidas en el citado Reglamento (CE) núm. 1073/2009 —que, partiendo de la libre prestación de servicios, establece el régimen de la licencia comunitaria para el porteador y somete al transporte regular general a un régimen de autorización específica y, en los casos en los que no exista contrato entre el porteador y el organizador, también a los servicios regulares de carácter especial— y a las reglas que, en su caso, resulten de aplicación de los convenios internacionales suscritos por España. Así, el artículo 106 LOTT se remite, en cuanto a la regulación de los servicios de transporte internacional que discurran parcialmente por territorio español utilizando vehículos que no se hayan matriculado en España, a lo dispuesto en los convenios internacionales. En cuanto a las empresas establecidas en España, el artículo 108 LOTT supedita la obtención de títulos habilitantes para realizar transporte internacional cuyo otorgamiento corresponda al Estado español, incluida la licencia comunitaria, a la previa autorización de transporte bien regular o discrecional en el ámbito nacional. Y el artículo 107, referido al transporte de cabotaje, entendiendo por éste un transporte nacional por cuenta ajena llevado a cabo con carácter temporal por vehículos que no estén matriculados en España, no entra sin embargo a regularlo, remitiéndose a lo dispuesto acerca de los transportes de cabotaje en la reglamentación europea —en este caso, no sólo los artículos 14 a 17 del Reglamento (CE) núm. 1073/2009, sino también el Reglamento (CE) núm. 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, *relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera*— o en los convenios internacionales suscritos por España. Respecto a los convenios internacionales, sin mencionar los de carácter bilateral, destaca el Convenio de Bruselas de 3 de octubre de 2002 *sobre el transporte discrecional internacional de los viajeros en autocar y en autobús (Interbús)* que, sustituyendo los acuerdos bilaterales suscritos entre las partes contratantes, en general, liberaliza los servicios discretionarios cuando el transporte se realice en el Estado del transportista o tenga como origen o destino un Estado parte del Convenio. El Convenio entró en vigor el 1 de enero de 2003, habiendo sido posteriormente actualizado mediante la Decisión núm. 1/2011 del Comité Conjunto (artículo 24, apartado 2, letra b). La Unión Europea es parte contratante del Convenio *Interbús*.

Tal y como se ha expuesto, el control ejercido por la Administración y la especial naturaleza de los servicios de transporte de viajeros aparta el régimen jurídico privado de estas operaciones (que se mantiene con carácter residual, por ejemplo, a la hora de refrendar el principio de la libertad de contratación en relación con la prestación de servicios de carácter discrecional —art. 94.1 LOTT—), a favor de un régimen esencialmente público.

También es reseñable, en este ámbito, la posible elaboración o aprobación de contratos-

tipo o condiciones generales de la contratación de los transportes por carretera de viajeros por el Ministerio competente en materia de transportes, en virtud de la previsión del artículo 13 del ROTT, al igual que se han aprobado para el transporte de mercancías por carretera (Orden FOM 1882/2012, de 1 de agosto)⁹. Hay que destacar el distinto alcance jurídico de dichos contratos-tipo o condiciones generales según el tipo de contratación, partiendo siempre de su carácter de condiciones mínimas que pueden modificarse en favor de los usuarios (artículo 13.2 y 3 ROTT): así, cuando se refieran a transportes de viajeros en autobús contratados por coche completo -incluyéndose los regulares de uso especial-, o a arrendamiento de vehículos con conductor, serán aplicables en forma subsidiaria o supletoria a las que libremente pacten las partes de forma escrita en los correspondientes contratos singulares; mientras que en los transportes de viajeros por carretera en vehículos de turismo o en autobús con contratación por asiento, esto es, los contratos de transporte regulares de uso general, los contratos-tipo o condiciones generales de contratación aprobados, en su caso, por la Administración, se aplicarán con carácter imperativo, pudiendo, no obstante, incluirse cláusulas anexas a dichos contratos-tipo que se apliquen únicamente con carácter subsidiario o supletorio a los que pacten las partes.

El contrato de transporte de personas, por su propia naturaleza, tampoco es objeto de regulación por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, *del contrato de transporte terrestre de mercancías* (en adelante, LCTTM). No obstante, hay que tener en cuenta lo dispuesto en su disposición adicional segunda que, refiriéndose a los transportes mixtos, esto es, a aquéllos en los que se combina el transporte de viajeros (siendo éste comúnmente el principal en la relación y el que la caracteriza) con el de mercancías, se declara aplicable respecto del transporte de éstas. En este ámbito es preciso distinguir entonces entre el equipaje en sentido estricto de los viajeros, del que viaja en las bodegas o zonas habilitadas para la carga del vehículo, el equipaje de mano, que viaja acompañando al viajero y bajo su custodia, en la propia cabina, y las mercancías, referidas a cualquier objeto que no guarde relación directa con ninguno de los viajeros que ocupan plaza en el vehículo. De ello se deduce la inaplicabilidad de esta Ley 15/2009 a cualquier objeto cargado por un viajero, sea cual fuere su naturaleza y finalidad del viaje, transporte que quedará sometido a las normas del transporte de viajeros, esto es, a la LOTT y su reglamento de desarrollo.

Por último, en el ámbito europeo, destaca el Reglamento (UE) núm. 181/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, *sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar*¹⁰ [en adelante, Reglamento (UE) núm. 181/2011], que es aplicable

⁹ ESTANCONA PÉREZ, A.A., *Transporte Terrestre de pasajeros. Contratación, responsabilidad y seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, págs. 62 a 66.

¹⁰ Esta norma se enmarca dentro de la política común de transportes de pasajeros, en la que se aboga indudablemente por la unificación del régimen jurídico del transporte de viajeros con independencia del medio (terrestre, marítimo o aéreo) que se utilice y del ámbito geográfico en el que se desarrolle.

De un lado, estamos asistiendo en los últimos años a un intenso esfuerzo del legislador internacional y de la Unión Europea por adecuar la regulación del transporte de personas a la situación actual del tráfico e incrementar la tutela de los intereses de los pasajeros sobre la base de que se garantice un elevado nivel de

-aunque con distinto alcance- tanto a los servicios regulares como a los discretionales; a saber: a) Servicios regulares: se aplica en su totalidad la norma europea a los viajeros que utilicen servicios regulares para viajeros de categoría indeterminada cuyo punto de embarque o desembarque esté situado en el territorio de un Estado miembro y cuya distancia programada sea igual o superior a 250 km. Para los servicios cuya distancia programada sea inferior a 250 km, sólo se aplicarán el artículo 4.2 (condiciones contractuales no discriminatorias); los artículos 9.^º y 10.1 (derecho al transporte y excepciones); el artículo 16.1.b y 2 (formación de conductores); el artículo 17.1 y 2 (indemnizaciones por pérdidas de equipos de movilidad), y el capítulo V (normas generales sobre información y reclamaciones) y artículo 28 (organismos nacionales de aplicación). b) Servicios discretionales: La norma europea abarca en su ámbito de aplicación los servicios discretionales cuando el punto de embarque inicial o el punto de desembarque final del viajero esté situado en el territorio de un Estado miembro, a excepción de sus artículos 9.^º a 16 y 17, apartado 3 (relativos a los derechos de las personas con discapacidad y movilidad reducida —sin incluir la excepción a las indemnizaciones por pérdidas de equipos de movilidad—) y de los capítulos IV (derechos

protección de los viajeros, comparable entre los distintos modos de transporte e independiente del lugar al que viajen. Así, los convenios internacionales relativos a la responsabilidad de los transportistas de personas en los distintos medios han sufrido en la última década modificaciones importantes estableciéndose soluciones sustancialmente similares. De la mano de la política común europea de transportes, también se ha producido una suerte de unificación del régimen jurídico aplicable tanto en el transporte interno de cada uno de los Estados que integran la Unión Europea como en el intracomunitario —y por ende, internacional—, mediante la técnica legislativa de incorporar los Convenios internacionales existentes al respecto a reglamentos comunitarios que extienden su aplicación no sólo a los trayectos dentro de la Unión Europea sino a los transportes nacionales o interiores. Tal y como se destaca en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y del Consejo «*Perspectiva europea de los pasajeros: Comunicación sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte*» (COM/2011/0898 final) en la Unión Europea existe un conjunto completo e integrado de normas básicas de los derechos de los pasajeros en todos los modos: aéreo, ferroviario, marítimo y fluvial y por carretera, que proporciona una protección mínima para los ciudadanos basada en tres pilares: la no discriminación, la información precisa, oportuna y accesible, y la asistencia inmediata y proporcionada. Vid., al respecto, MAMBRILLA RIVERA, V., «La política europea de transportes (Hacia el establecimiento de un Espacio Único Europeo del Transporte)», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9 (2012), págs. 37 a 84.

De otro lado, y aun cuando en el transporte de personas existen regulaciones específicas en atención a los distintos medios empleados, en todas ellas encontramos una base común y una gran cantidad de afinidades en el régimen jurídico aplicable (incremento de los deberes legales de información, de asistencia al viajero y de accesibilidad, la distinción entre porteador contractual y porteador efectivo, la delimitación del período de responsabilidad, el alcance de la obligación de protección de los pasajeros, una tendencia a la objetivación de la responsabilidad, el reconocimiento de derechos de anticipo, etc.), a pesar de algunas diferencias en materia de presupuestos de la responsabilidad del porteador y límites cuantitativos de la misma.

Es de destacar que el Parlamento Europeo en su Resolución de 23 de octubre de 2012, *sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte* (2012/2067 INI) recomienda la elaboración de un *Marco de Referencia Común* (MRC) para la legislación relativa a los pasajeros que, siguiendo el ejemplo del MRC sobre el Derecho contractual europeo, contenga los principios, las definiciones y las normas tipo de la legislación en este ámbito para todos los modos de transporte, y de una *Carta de los derechos de los pasajeros*, todo ello a fin de constituir una base para una mayor consolidación de la legislación relativa a los pasajeros y facilitar el ejercicio efectivo de los derechos. Partiendo de la instauración actual de la Unión Europea como área integrada de derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte por primera vez en el mundo, el Parlamento europeo propugna finalmente convertir la política común de transportes de pasajeros, que sigue por ahora una estrategia puramente modal, en una política con una estrategia intermodal.

de los viajeros en caso de cancelación o retraso), V (normas generales sobre información y reclamaciones) y VI (aplicación y organismos nacionales de aplicación).

3. CONTENIDO OBLIGACIONAL Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA

En el transporte de personas desaparecen —por contraste con los elementos personales del transporte de mercancías— las clásicas figuras del cargador y del destinatario (salvo por lo que respecta al equipaje facturado) y aparece la figura del *viajero* que es el acreedor del transporte, en tanto que adquiere el derecho a ser transportado en las condiciones pactadas con el porteador.

En el transporte regular permanente de uso general, en la mayoría de los casos, es el viajero quien contrata directamente el transporte con el porteador y asume la obligación principal del pago del precio, aunque haya supuestos en los que la contratación se efectúe por persona distinta del viajero, pero a favor de éste, como supuesto clásico de las estipulaciones a favor de tercero. En los transportes regulares de uso especial y en los transportes discretionarios, será el organizador de los mismos quien asuma la figura de contratante principal con el porteador y, en consecuencia, quien está obligado al precio del transporte; el viajero, en estos casos, es el beneficiario de la prestación de traslado.

Precisamente, el artículo 165, 2 y 3, del ROTT hace referencia al alcance jurídico de la actuación de las agencias de viaje en relación con la contratación de transportes de viajeros por carretera, diferenciando cuándo han de actuar como comisionistas, contratando en consecuencia en nombre del transportista (en los transportes regulares de viajeros, incluso en el supuesto especial de que éstos formen parte de viajes combinados), y cuándo han de contratar en nombre propio tanto con los transportistas como con los usuarios (en los transportes turísticos integrados en paquetes turísticos y, en general, con todo tipo de transportes discretionarios, incluidos los que se realicen con contratación individual o por asiento, siempre que revistan carácter ocasional y esporádico, y vayan dirigidos a un grupo homogéneo de usuarios, teniendo el transporte un objetivo o finalidad común a todos ellos).

En el ámbito de los transportes por autobús y autocar regulados por el Reglamento (UE) núm. 181/2011, se distingue entre transportista contractual y transportista ejecutor u otros operadores, atribuyendo —cuando el transporte u otras de las obligaciones contempladas en dicha norma han sido confiados a un transportista ejecutor, proveedor de billetes o a cualquier otra persona— la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones encomendadas, al transportista contractual, la agencia de viajes, el operador turístico o el gestor de la estación que haya delegado tales obligaciones, al margen de la responsabilidad de la parte ejecutante (artículo 5.^º)¹¹.

¹¹ Sobre las distintas acepciones de porteador según su posición contractual, vid. más ampliamente, GABALDÓN GARCÍA, J. L., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, 2003; PULIDO BEGINES, J. L., *El concepto de porteador efectivo en el Derecho uniforme del transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2012; *ídem.*, «El concepto de porteador y la dualidad porteador contractual».

Otra cuestión relevante en el ámbito del transporte de personas es la atribución al viajero de la condición de consumidor o usuario en todos los casos, esto es, independientemente de que actúe en un ámbito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Adoptar un concepto amplio de consumidor o usuario en estos supuestos implica la extensión de la protección de la legislación de consumo, tomando en consideración al viajero en su condición de acreedor de la fase ejecutiva del transporte y su posición de debilidad durante dicha ejecución¹². Esta cuestión está tan solo resuelta a nivel legislativo en el ámbito de los viajes combinados y servicios de viajes vinculados, pues el artículo 151.1.f TRLGDCU entiende por viajero a toda persona que “tiene intención de celebrar un contrato o derecho a viajar”, considerándosele, en consecuencia, destinatario de las normas protectoras del Libro IV del TRLGDCU y, por ende, del resto de las normas aplicables en virtud de dicha condición (por ejemplo, protección contra cláusulas abusivas). Únicamente se excluye, de forma expresa, del ámbito de protección del Libro IV del TRLGDCU, los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial o profesión (artículo 150.1.c TRLGDCU).

3.1. Obligaciones y responsabilidad del viajero

Aun cuando el artículo 40 de la LOTT anunciaba la elaboración por la Administración de un catálogo de los derechos y deberes de los usuarios del transporte, y el artículo 41 de dicho texto legal el establecimiento de las condiciones generales de utilización del servicio que habrán de cumplir los usuarios y de las obligaciones de los viajeros en la utilización de los transportes terrestres, dicho desarrollo aún no ha tenido lugar. En cambio, sí hace referencia a las normas generales de comportamiento en la circulación por parte de los usuarios, el artículo 2.º del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo* (en adelante, RGC), señalando que «[Los usuarios de la vía están obligados a comportarse de forma que no entorpezcan indebidamente la circulación ni causen peligro, perjuicios o molestias innecesarias a las personas, o daños a los bienes (art. 9.1 del texto articulado)]». Además, en el artículo 11 de dicho texto legal se detallan las prohibiciones que se imponen a los usuarios de los servicios públicos de transporte colectivo de personas. Distraer al conductor durante la marcha del vehículo; b. Entrar o salir del vehículo por lugares distintos a los destinados, respectivamente, a estos fines; c. Entrar en el vehículo

porteador sustituto en las CIM-1999», *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 264-265, 2007, págs. 533 a 598. Sobre el subtransporte, PILOÑETA ALONSO, L. M., «El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, 2006, págs. 1401 a 1438.

¹² Sobre la conveniencia de adoptar un concepto expansivo de consumidor a los efectos de extender las normas de consumo a la generalidad de los viajeros, PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», op. cit., págs. 884 a 886; GUILLÉN CARAMÉS, J., «Los derechos de los usuarios de transportes terrestres por carretera y ferrocarril», op. cit., págs. 58 a 61.

cuando se haya hecho la advertencia de que está completo; d. Dificultar innecesariamente el paso en los lugares destinados al tránsito de personas; e. Llevar consigo cualquier animal, salvo que exista en el vehículo lugar destinado para su transporte, exceptuándose a los invidentes acompañados de perros, especialmente adiestrados como lazarios; f. Llevar materias u objetos peligrosos en condiciones distintas de las establecidas en la regulación específica sobre la materia; g. Desatender las instrucciones que, sobre el servicio, den el conductor o el encargado del vehículo), contemplándose la obligación del conductor y, en su caso, del encargado de los vehículos destinados a dicho servicio público de prohibir la entrada u ordenar su salida a los viajeros que las incumplan. Además, en cuanto al contenido concreto de las obligaciones y deberes de los viajeros hay que estar también a lo previsto en el contrato de transporte por el porteador así como a las normas que establecen los denominados requisitos de policía, que actualmente encontramos recogidos en los preceptos que regulan el régimen sancionador (art. 142.14 LOTT, para las infracciones de los viajeros; y 143.1.a para la sanción, prevista como multa de 100 a 200 euros, que será independiente de la posible obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados).

Por otro lado, como destaca la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2012, *sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte*, los usuarios de los transportes no sólo tienen derechos sino también obligaciones, y cumplirlas contribuye a que todo funcione de manera segura y fluida, para ellos y otros pasajeros, antes, durante y después del viaje. El viajero, en este sentido, se halla obligado a respetar las condiciones y requisitos de policía establecidos para la buena marcha del servicio, como por ejemplo, la obligación de llevar fijado el cinturón de seguridad. Ha de observar un comportamiento acorde con el buen orden y no atentar contra la integridad del vehículo ni poner en riesgo la seguridad del transporte. En particular, se contempla como infracción leve el incumplimiento por los usuarios de las prohibiciones de impedir o forzar la apertura o cierre de las puertas de acceso a los vehículos o manipular los mecanismos de apertura o cierre; de hacer uso sin causa justificada de los mecanismos de seguridad o socorro para casos de emergencia; de abandonar el vehículo o acceder a éste fuera de las paradas establecidas, salvo causa justificada; de realizar, sin causa justificada, actos susceptibles de distraer la atención del conductor o entorpecer su labor cuando el vehículo se encuentre en marcha; de viajar en lugares distintos a los habilitados para los usuarios; o de realizar acciones injustificadas que puedan implicar deterioro o causar suciedad en los vehículos o estaciones de transporte¹³.

Como contraprestación a la obligación de traslado del porteador, la principal obligación del viajero es la de pagar el precio del transporte. Dicho pago se realizará personalmente cuando contratante principal y viajero coincidan; si el viajero es solo beneficiario, la obligación recae lógicamente sobre el contratante principal¹⁴. En cuanto al momento del

¹³ Más ampliamente, PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», op. cit., págs. 935 a 938.

¹⁴ PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», op. cit., págs. 883 a 886 y 932 a 935.

pago, habrá que estar a lo establecido en el contrato; teniendo en cuenta que el billete constituye el título de legitimación habitual en los transportes regulares y que debe disponerse de él en los momentos iniciales del traslado y conservarse durante el mismo, coincidirá normalmente el momento del pago del precio con el de su expedición, y ello a pesar de la configuración jurídica de este contrato como de obra. Entre las infracciones leves contempladas en el artículo 142.14 LOTT se encuentra precisamente la de viajar careciendo de un título de transporte suficiente para amparar la utilización del servicio de que se trate.

En los servicios regulares de uso general, el régimen tarifario aplicable a los viajeros se incluye en el pliego de condiciones que rige el contrato de gestión del servicio público (art. 19 LOTT), donde se prevén sistemas de revisión, bien generales y periódicos (segundo trimestre de cada año) o bien individualizados, cuando se haya alterado significativamente, al alza o a la baja, el equilibrio económico del contrato. En los transportes regulares de uso especial o en los discretionarios, habrá que estar a lo dispuesto en el contrato suscrito entre el organizador y el porteador. Es de resaltar la libre fijación de precios por las partes contratantes en los transportes discretionarios de viajeros y en los transportes regulares de viajeros temporales o de uso especial (art. 18 LOTT).

Entre las obligaciones o deberes del usuario también se encuentran igualmente su presentación en el punto y tiempo establecido para la salida, como presupuesto previo del cumplimiento por parte del porteador de su obligación de traslado, la de ocupar la plaza asignada y la de abandonar el vehículo cuando llega a destino.

El viajero tiene la facultad de desistir del contrato de transporte tanto antes del viaje como una vez iniciado, pero habrá de indemnizar en su caso al porteador, abonándole los gastos en los que incurra y el lucro cesante.

3.2. Obligaciones y responsabilidad del porteador

Los supuestos de incumplimiento contractual que desatarán la responsabilidad del transportista por carretera de viajeros se hallan íntimamente conectados con las obligaciones esenciales que asume en virtud del contrato de transporte. Tales obligaciones consisten, fundamentalmente, en el traslado del viajero y su equipaje en las condiciones de seguridad, comodidad y en los tiempos pactados. Siguiendo el esquema clásico, los supuestos de incumplimiento pueden estructurarse en dos grandes grupos, los derivados del incumplimiento de la obligación de seguridad respecto al viajero y de la obligación de custodia respecto al equipaje facturado, de un lado; y los derivados de la falta de ejecución total o parcial del transporte, concretados en la cancelación, interrupción, retraso del viaje o daños derivados de enlaces perdidos, de otro. El incumplimiento de cualquiera de dichas obligaciones hace surgir también la obligación de asistencia al viajero, que igualmente será exigible en los supuestos de inimputabilidad del incumplimiento al porteador.

3.2.A. Las obligaciones del porteador

El porteador se obliga, esencialmente, a poner a disposición del viajero el vehículo destinado al transporte y a admitirlo en él en orden a su transporte y el de su equipaje por el itinerario y en el plazo marcado, según las condiciones pactadas —ambiente, rapidez, comodidad...— y, por supuesto, incólume, y adoptando las medidas de seguridad necesarias, desde el acceso al vehículo, el traslado y la llegada al destino final; con dicha finalidad deberá el porteador procurar sistemas que cumplan las condiciones de seguridad necesarias para que la entrada y salida de los vehículos se efectúe de manera segura para el viajero, incluidos aquéllos que tengan movilidad reducida. A la obligación del traslado se une, por tanto, la obligación de protección del viajero, que es, por un lado, accesoria a la del traslado, pues se vinculan espacial y temporalmente, pero, por otro, autónoma de ella, pues tiene su propia finalidad y justificación, y de la misma se pueden derivar responsabilidades contractuales independientemente de la correcta ejecución de la obligación de traslado.

La obligación de protección del viajero se presenta como una obligación de resultado, a pesar de la movilidad que éste tiene durante el viaje, y no solo de medios¹⁵. Se trata también de una obligación compleja, pues comprende todas aquellas conductas que pudieran afectar a la seguridad del viajero, sin necesidad de que se encuentren tipificadas, como la de proveer un medio de transporte seguro y un espacio idóneo dentro del mismo, velar por la integridad del viajero, asegurando su incolumidad, adoptando para ello todas las medidas que resulten necesarias para garantizar su integridad física, incluyendo todas las cautelas que se requieran, así, como prestar un servicio de transporte adecuado¹⁶. Esta obligación de seguridad, y la consiguiente responsabilidad que pudiera derivarse de su incumplimiento, se extiende temporalmente no sólo al periodo en el cual el viajero está dentro del vehículo, sino también a la entrada y salida del mismo. En este ámbito, más allá de la clásica distinción entre responsabilidad objetiva o subjetiva en relación con el incumplimiento de esta obligación, emerge un nuevo concepto que es el de “la seguridad legítimamente esperable” del servicio de transporte, entendiendo que el porteador tiene la obligación de garantizar que el servicio no va a implicar riesgos que superen los

¹⁵ En este sentido, en relación con el transporte marítimo, vid. MENÉNDEZ, A, «El contrato de pasaje marítimo», en AA.VV., *Centenario de la Ley de Notariado*, Vol. 4, Madrid, 1963, pág. 286; PACHECO CAÑETE, M., «Cuestiones de actualidad sobre la responsabilidad del transportista marítimo por daños a los pasajeros», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9.^º (2012), págs. 97 y 98, quien afirma que «el reconocimiento junto a los deberes de prestación -cuál es la realización del transporte-, de los deberes de protección, fundamentados en la buena fe [...] nos lleva a afirmar la existencia de un deber de seguridad en el transporte de personas, con el consiguiente ensanchamiento de la responsabilidad contractual [...]. [L]a naturaleza de la obligación de seguridad como de medios o de resultado es una cuestión que reviste trascendencia práctica en orden a la prueba del incumplimiento del porteador que en otro caso resultaría excesivamente gravosa para el pasajero».

¹⁶ Vid. HUALDE MANSO, M^a T., *El transporte de viajeros por carretera: régimen de responsabilidad civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1996, págs. 137 a 184. Referido también a otros medios de transporte, cfr. TULLIO, L, «La obligación de protección en el transporte marítimo y aéreo», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 11 (2013), págs. 14 y 19 a 20; OLMEDO PERALTA, E., *Régimen jurídico del transporte marítimo de pasajeros. Contratos de pasaje y crucero*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 235 a 239.

esperables en condiciones normales¹⁷. El hecho de que se trate de una actividad organizada empresarialmente se vincula a un presupuesto previo que es la garantía implícita de seguridad, cercana al concepto legal de la diligencia exigible. Asumir un criterio objetivo y extremo de diligencia desemboca en una obligación de seguridad que opera con cierto automatismo, dado que la existencia de un daño que defraude las legítimas expectativas de seguridad del viajero hace saltar el resorte de la responsabilidad civil¹⁸.

El patrón de diligencia exigible a los conductores se concreta en el artículo 3.^º del citado RGC, que impone que deberán conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía, quedando terminantemente prohibido conducir de modo negligente o temerario. Señalando, además, que las conductas referidas a la conducción negligente tendrán la consideración de infracciones graves y las referidas a la conducción temeraria tendrán la consideración de infracciones muy graves, de acuerdo con lo dispuesto respectivamente en los artículos 76.m y 77.e del Texto Refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por R. D. Leg. 6/2015, de 30 de octubre. Adicionalmente, se contemplan entre otras prohibiciones la de transportar personas en emplazamiento distinto al destinado y acondicionado para ellas en los vehículos (art. 10.1 RGC) o la de que el número de personas transportadas en un vehículo sea superior al de las plazas que tenga autorizadas -que, en los de servicio público y en los autobuses, deberá estar señalado en placas colocadas en su interior, sin que, en ningún caso, pueda sobrepasarse, entre viajeros y equipaje, la masa máxima autorizada para el vehículo- (art. 9.^º RGC) y, específicamente para el transporte colectivo de personas, que el conductor deberá efectuar las paradas y arrancadas sin sacudidas ni movimientos bruscos, lo más cerca posible del borde derecho de la calzada, y se abstendrá de realizar acto alguno que le pueda distraer durante la marcha; finalmente, se señala que el conductor y, en su caso, el encargado, tanto durante la marcha como en las subidas y bajadas, habrán de velar por la seguridad de los viajeros (art. 11.1 RGC).

En la normativa comunitaria se incrementan, por otro lado, los deberes de información del porteador y de asistencia al viajero, particularmente en los supuestos de personas con discapacidad o movilidad reducida¹⁹. En efecto, el Reglamento (UE) núm. 181/2011, prevé la obligación del transportista de proporcionar, en caso de accidente resultante del

¹⁷ Vid., por todos, PASQUAU LIAÑO, M., «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, dir. por ORTI VALLEJO A. - GARCÍA GARNICA, M.C., coord. por ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015, págs. 59 a 102.

¹⁸ Cfr. JIMÉNEZ HORWITZ, M., «Los riesgos a cargo del perjudicado», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos...*, op. cit., págs. 103, 107 a 108.

¹⁹ Vid., en particular, Cap. III y anexo I Reglamento (UE) núm. 181/2011. Vid., asimismo, PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», op. cit., págs. 924 a 930.

uso del autobús o autocar, una asistencia adecuada y proporcionada a los viajeros para sus necesidades prácticas inmediatas tras el accidente (cuando resulte necesario, alojamiento –limitable su coste a 80 EUR por noche y viajero, por un máximo de dos noches -, comida, ropa, transporte y prestación de primeros auxilios, art. 8.^º), así como otras medidas de asistencia en caso de cancelación o retraso en la salida (art. 21). La prestación de dicha asistencia se configura como un deber legal, por lo que no se vincula ni implica reconocimiento de responsabilidad por parte del porteador.

Asimismo, la norma europea establece disposiciones sobre la información mínima que debe ofrecerse a los viajeros. Tanto los transportistas como los gestores de las estaciones, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, han de suministrar a los viajeros la información general pertinente relativa al viaje y a las condiciones de transporte antes del viaje y durante el mismo, y siempre que sea posible, en formatos accesibles. El objeto de dicha información al viajero abarca desde los derechos que le asisten (art. 25 Reglamento núm.181/2011), a la información sobre las situaciones en caso de cancelación o retraso en la salida de un servicio regular, la pérdida de conexiones y sus alternativas (art. 20 Reglamento núm.181/2011).

En orden a facilitar que los viajeros puedan ejercer sus derechos de forma sencilla y ágil, se dispone sobre los transportistas la obligación de crear un mecanismo ágil de tramitación de reclamaciones, con plazos reducidos de respuesta (arts. 26 y 27 Reglamento núm.181/2011), sin perjuicio del derecho de los viajeros de solicitar ante los órganos jurisdiccionales nacionales indemnizaciones, de conformidad con el Derecho nacional, por los daños y perjuicios resultantes del fallecimiento, las lesiones, la cancelación o el retraso de los servicios regulares, entre otros supuestos de incumplimiento²⁰.

Por su parte, el Reglamento (CE) núm. 1073/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre, *por el que se establece normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses*, respecto a los servicios regulares internacionales que tengan lugar en territorio comunitario, dispone que el explotador de los mismos está obligado, salvo en los casos de fuerza mayor, a tomar las medidas que garanticen un servicio de transporte que cumpla las normas de continuidad, regularidad y capacidad, así como las demás condiciones fijadas por la autoridad competente; y a anunciar el itinerario del servicio, las paradas, el horario, las tarifas y las demás condiciones de transporte de modo que resulten fácilmente accesibles para todos los usuarios.

En relación con la contratación de seguros, además del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria previsto en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el R.D. Leg. 8/2004, de 29 de octubre (en adelante, TRLSCSVM) que, en su caso, ha de ser contratado por el

²⁰ PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», op. cit., págs. 930 a 932.

proprietario de los vehículos a motor que tengan su establecimiento habitual en España, las empresas de transporte público de viajeros por carretera han de suscribir el denominado seguro obligatorio de viajeros. Ambos seguros tienen la consideración de gasto de explotación y, por tanto, son repercutibles en las correspondientes tarifas (art. 21 LOTT). El seguro obligatorio de viajeros se regula por su Reglamento, aprobado por R.D. 1575/1989, de 22 de diciembre, alcanzando su protección a todos los usuarios de medios de transporte público colectivo español de viajeros, urbanos e interurbanos contemplados en la LOTT, en tanto circulen por territorio nacional y en todos los viajes que tengan su principio en dicho territorio, aunque sin limitación de destino²¹. Este seguro obligatorio tiene por finalidad indemnizar a los viajeros o a sus derechohabientes, cuando sufran daños corporales (muerte, invalidez permanente o incapacidad temporal del viajero) en accidente que tenga lugar con ocasión de desplazamiento en un medio de transporte público colectivo de personas, constituyendo una modalidad del seguro de accidentes individuales, compatible con cualquier otro seguro concertado por el viajero o referido a él. Finalmente, la contratación adicional de cualquier otro seguro de responsabilidad civil que cubra todos los daños que se causen con ocasión del transporte, de forma ilimitada o no, es potestad del porteador²², salvo en los casos especiales del transporte sanitario, en los términos previstos por el artículo 10.1.i y 25.g de la Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, *por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de transporte sanitario por carretera*²³, y en el del transporte escolar, según dispone el artículo 12 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, *sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores*²⁴.

3.2.B. La responsabilidad del porteador

El principal tema planteado por el transporte de personas es, naturalmente, el de la disciplina de la responsabilidad del porteador en relación con los daños sufridos por la

²¹ El Seguro Obligatorio de Viajeros fue implantado en España en 1929 como una medida más dentro de la política de desarrollo turístico. Se encuentra protegida por este seguro toda persona que en el momento del accidente esté provista del título de transporte, de pago o gratuito. Cuando el título de transporte se expida sin exigir la identificación del viajero, se presumirá que el accidentado estará provisto de billete en todos aquellos casos en que por las características del accidente sea verosímil el extravío o destrucción de dicho billete.

Vid., al respecto, ESTANCONA PÉREZ, A.A., op. cit., págs. 441 a 476; REGLERO CAMPOS, F., «Los seguros de responsabilidad civil y accidentes», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos...*, op. cit., págs. 146 a 166.

²² PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», op. cit., págs. 918 a 924.

²³ En particular se exige que la empresa titular de una autorización de transporte público sanitario por carretera deberá tener cubierta su responsabilidad civil por los daños que se causen con ocasión del transporte, hasta, al menos, la cantidad de 50 millones de euros, circunstancia que se acreditará mediante el justificante de la suscripción del correspondiente seguro.

²⁴ En este caso, el aseguramiento exigido es ilimitado: “[Sin perjuicio del cumplimiento de la legislación vigente en materia de seguros obligatorios, las empresas que realicen cualquiera de los transportes incluidos en el artículo 1 deberán tener cubierta de forma ilimitada su responsabilidad civil por los daños que puedan sufrir los ocupantes de los vehículos en que aquéllos se realicen» (artículo 12).

persona del viajero y los ocasionados en el equipaje, así como la responsabilidad del porteador por retraso en el transporte o la falta de ejecución total o parcial del mismo.

3.2.B.a. Daños personales a los viajeros

Los daños sufridos por el viajero en su persona en virtud del transporte constituyen un supuesto clásico de responsabilidad contractual. El transportista de personas se obliga contractualmente a llevarlas de un lugar a otro, pero se obliga a hacerlo de modo que lleguen indemnes a su destino.

La responsabilidad del porteador por daños personales al viajero se rige, más allá de lo dispuesto en los artículos 21 y 23 de la LOTT, por lo preceptuado en la legislación civil específica del contrato de obra (arts. 1.601 C.c. y ss.) y la general sobre el incumplimiento de los contratos (arts. 1.101 y ss. C.c.). No obstante, con ello no se agota el sistema, pues en materia de responsabilidad del porteador convergen distintos regímenes legales, que en ocasiones se solapan de forma cumulativa y, en otras, de forma subsidiaria, dada la especialidad y los límites indemnizatorios previstos en cada uno de ellos. Se expone a continuación el régimen general de responsabilidad del porteador así como los regímenes especiales cuya aplicación puede entrar en juego, interrelacionándolo, como no puede ser de otro modo, con las coberturas asegurativas que, bien con carácter obligatorio o voluntario, podemos encontrar en el ámbito del transporte de viajeros.

Además, hay que tener en cuenta que, cuando se trate de un transporte catalogado como servicio público, entran en juego las reglas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Los diferentes aspectos de dicha responsabilidad se regulan en los artículos 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector público*. Se contempla el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Esta responsabilidad se configura como una responsabilidad directa, en tanto que la Administración no responderá subsidiariamente respecto al porteador, al margen de su derecho de repetición, y como una responsabilidad de presupuesto objetivo, ya que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio sea antijurídico, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. La responsabilidad únicamente queda desvirtuada en casos de fuerza mayor o por ausencia de acreditación de la acción u omisión de la Administración y, en todo caso, por la culpa exclusiva de quien recibe el daño. Además, este régimen se aplica, tal y como señala el artículo 35 de la Ley 40/2015, también cuando las Administraciones actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado o en concurrencia con ésta, en relaciones de naturaleza privada, incluso cuando la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad aseguradora que cubra su

responsabilidad²⁵.

Régimen general.

Aunque existe un régimen especial para los daños derivados de la circulación de un vehículo a motor, que abarca también el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y un régimen especial de responsabilidad por la prestación de servicios defectuosos relativos a medios de transporte (artículo 148 TRLGCU), la responsabilidad civil del porteador en virtud del contrato de transporte es más amplia, abarcando todos los daños que se causen con ocasión del transporte, aunque no sean derivados de los denominados hechos de la circulación (en los términos definidos por el RD 1507/2008, de 12 de septiembre, *por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor*)²⁶ o no estén sometidos al régimen especial de la legislación de consumo sobre servicios defectuosos. También resulta relevante invocar este régimen general de responsabilidad cuando los daños sufridos excedan los límites indemnizatorios establecidos en el citado régimen especial del TRLSCSVM y su correspondiente cobertura asegurativa máxima²⁷.

Para que se derive esta responsabilidad contractual es necesario que, por acción u

²⁵ Vid., al respecto, más ampliamente, ESTANCONA PÉREZ, A.A., op. cit., págs. 120 a 129 y 205 a 215.

²⁶ Sobre el aspecto activo y pasivo del concepto *circulación*, sus limitaciones y exclusiones, vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El hecho de la circulación en la responsabilidad civil automovilística», en AA.VV., *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, coord. por ATAZ LÓPEZ, J. - COBACHO GÓMEZ, J.A., Aranzadi Thomson Reuters, Vol. 2, 2021, págs. 873 a 968; BADILLO ARIAS, J.A., *La conceptualización del hecho de la circulación en la responsabilidad civil automovilística y el seguro*, Getafe, 2015, págs. 347 a 460, tesis doctoral en abierto en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21597/Jose_Bardillo_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁷ En este sentido, HUALDE MANSO, M.^a T., op. cit., pág. 149.

Otro planteamiento distinto defiende ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «La institución del seguro como sistema de protección al viajero por los daños personales causados en el contrato de transporte por carretera», en AA.VV., *La nueva ordenación del mercado de transporte*, dir. por RECALDE CASTELLS, A.- MARTÍNEZ SANZ, F. -PETIT LAVALL, M.^aV., coord. por PUETZ, A, Madrid, 2013, págs. 777 a 781, pues entiende que la responsabilidad civil contractual no puede quedar amparada por la cobertura ofrecida por el seguro de responsabilidad civil de la Ley de responsabilidad y seguro en la circulación de vehículos a motor al vincular su cobertura a los artículos 1.902 y siguientes del *Código civil*, y no a los artículos 1.101 y siguientes y 1.601 y siguientes del *Código civil*, distinguiendo por tanto entre la cobertura de las responsabilidades de origen contractual y las de origen extracontractual. Finalmente en la pág. 781, resuelve el problema de la compatibilidad de las indemnizaciones sobre la base de que el viajero en su condición de ocupante del vehículo está cubierto por el seguro obligatorio de la LRCSCVM, señalando que «si surgiese la obligación del transportista de indemnizar al viajero por los daños y perjuicios causados como consecuencia de habersele considerado como civilmente responsable de forma extracontractual, será el seguro obligatorio de los vehículos a motor el que proceda a cubrir conforme al importe máximo de la cobertura del aseguramiento obligatorio la cantidad a la que pudiese resultar condenado, mientras que el resto hasta el montante total de la indemnización, sería dirigido con cargo al seguro voluntario o hacia el propio responsable del siniestro». No podemos compartir este posicionamiento pues el artículo 1.^º LRCSCVM en relación a los daños a las personas no distingue entre responsabilidad civil contractual o extracontractual, abarcando ambas a los efectos de la cobertura del aseguramiento obligatorio. Tan solo respecto a los daños en los bienes, sí incorpora una distinción, refiriéndose exclusivamente al régimen de la responsabilidad civil extracontractual derivada de lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil.

o 151 europea propia o de sus dependientes o colaboradores, el porteador haya incumplido su obligación contractual. Dado que, a partir del incumplimiento, la culpa se presume en las obligaciones de resultado, la prueba de dicho incumplimiento exigiría tan solo la acreditación del daño a cargo del demandante, que tendrá que demostrar únicamente que el suceso que lo ocasionó ha ocurrido durante la ejecución del transporte y la realidad y el alcance del perjuicio sufrido²⁸; ello conforme a las reglas que sobre la carga de la prueba se infieren del antiguo artículo 1.214 del Código Civil, actualmente recogidas en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*²⁹. En efecto, en las obligaciones de resultado se aplica la regla de la responsabilidad objetiva, de modo que la diligencia observada por el deudor para la atribución de la responsabilidad no tiene relevancia, porque la única cosa debida es el resultado, más allá de que pueda intervenir a efectos de modularla. Cuando, como ocurre en este supuesto, el sistema de responsabilidad propio atribuye *a priori* el riesgo a una de las partes, en este caso al empresario, las puntualizaciones se articulan a través de los hechos impeditivos de la

²⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. 1.^º, Barcelona, 1985, quien afirma que la culpa se presume en las obligaciones de resultado a partir del incumplimiento, mientras que en las obligaciones de medios no existe ninguna presunción a favor del acreedor que ha de probar que el deudor se comportó con negligencia o faltó a las reglas de la *lex artis*.

En efecto, el citado artículo 217 LEC atribuye al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN.

No obstante, la cuestión sobre si la distinción entre obligaciones de medios y de resultados sirve o no para la distribución de la carga de la prueba no es pacífica. En este sentido, JORDANO FRAGA, J., op. cit., afirma que el acreedor de una obligación de resultado que pretenda la responsabilidad contractual de su deudor, habrá de probar no sólo los daños que se hayan derivado de esa infracción, sino también la obligación que le une al deudor (el hecho o causa que la origina) y la infracción de tal obligación, su no cumplimiento o no exacto cumplimiento por parte del deudor; así también, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «La institución del seguro como sistema de protección al viajero por los daños personales causados en el contrato de transporte por carretera», op. cit., pág. 773, quien afirma que «a pesar de la acreditación de la relación causal en este tipo de siniestros encierra particular dificultad porque la normalidad de su utilización implica ya un movimiento del vehículo que inevitablemente constituye una amenaza para la estabilidad del pasajero, es jurisprudencia constante que no basta con alegar la realización de un acto u omisión culpable, puesto que ni se presume la culpa del transportista ni tampoco se muestra laxitud en su apreciación, sino que el viajero debe dar la cumplida prueba del hecho generador del daño sufrido hasta el punto de que se considera que la acreditación de la culpa es un requisito básico para el éxito de la acción».

²⁹ En este sentido se pronunció la Sentencia del TS, Sala Primera, de 31 de mayo de 1985 (TOL1.736.558), cuyo considerando número 3 de sus Fundamentos de derecho resulta ilustrativo: “Considerando no discutida la existencia de un contrato de transporte terrestre de viajeros que vincula a las partes y surgiendo del mismo como obligación principal del porteador el traslado del pasajero desde el punto de partida al de destino, es manifiesto que el incumplimiento de tal deber, y las consecuencias dañinas para la vida o la integridad física del viajero que de tal incumplimiento se deriven, deben serle imputables en tanto no acredite que la falta de cumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor, y ello no sólo por tener declarado esta Sala que existe una presunción de culpabilidad en la falta de adecuación a lo pactado, (sentencias siete de abril de mil novecientos ochenta y tres), sino, también, porque la aplicación del principio del «onus probandi» proclamado en el artículo mil doscientos catorce del Código Civil lleva a la misma conclusión, pues si al actor corresponde probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, cumple con tal carga demostrando la existencia del contrato de transporte del que surge la obligación de deudor, y si, éste invoca hechos impeditivos o extintivos tendrá que probarlos, por lo que alegado al caso fortuito como causa de incumplimiento a él corresponde la probanza de tal causa excluyente de la culpabilidad”.

responsabilidad o causas de exoneración. Por ello, en su caso, el porteador tendrá que probar la inimputabilidad del incumplimiento de su obligación de conducir sano y salvo al viajero, demostrando que los daños o lesiones sufridos por el viajero derivan de un evento calificable como caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 *Código civil*). Claro está que el hecho de que lo «transportado» sean personas y, en consecuencia, seres cuya conducta durante el transporte no es totalmente controlable por el transportista, tiene influencia en esta materia. En concreto, cuando la conducta imprudente del viajero sea la causa única del accidente o infortunio, el porteador quedará eximido de responsabilidad. En estos términos se expresa el quinto párrafo del artículo 23 de la LOTT que, para el transporte de viajeros por carretera, dispone que «el transportista será responsable de cuantos perjuicios a los viajeros puedan derivarse de su incumplimiento de las obligaciones y formalidades prescritas por las leyes y reglamentos de las Administraciones Públicas, así como de las actuaciones que, como consecuencia de dicho incumplimiento pueda adoptar la Administración, en todo el curso del viaje y a su llegada al punto de destino, salvo que pruebe que dicho incumplimiento ha sido consecuencia de una actuación llevada a cabo sin su consentimiento por alguno de los usuarios o viajeros». Dado que dichas circunstancias nunca se presumen, han de ser alegadas y probadas por el porteador³⁰. Como consecuencia de la aplicación de estas reglas sobre la carga de la prueba, resultará que el porteador no se liberará de responsabilidad cuando las causas que hayan provocado el accidente resulten indeterminadas, desconocidas o no puedan ser demostradas³¹.

Regímenes especiales: Responsabilidad civil por servicios defectuosos.

En cuanto a los regímenes especiales de responsabilidad reseñados, de un lado, ha de hacerse referencia al previsto, dentro del Libro del TRLGDCU dedicado a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, en el artículo 148 TRLGCU, que impone específicamente a los prestadores de servicios relativos a medios de transporte la responsabilidad por los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales originados a los consumidores y usuarios en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza o por exigencias reglamentarias, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. Se trata ésta de una responsabilidad objetiva, a diferencia de la prevista para el régimen general en el artículo 147 TRLGDCU (subjetiva con inversión de la carga de la prueba), limitada no obstante a la cuantía de 3.005.060,52 euros. El hecho constitutivo de este régimen de responsabilidad estriba en la producción de un daño como consecuencia de la

³⁰ Vid. REGLERO CAMPOS, L.F. – PEÑA LÓPEZ, F., «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, L.F.- BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2014, págs. 767 a 970; ROMERO COLOMA, A.M., «Accidentes de tráfico: los supuestos de culpa exclusiva de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 10, 1998, págs. 528 a 533.

³¹ Cfr. HUALDE MANSO, M^a T., op. cit., pág. 158.

prestación del servicio causado por una desviación respecto de los estándares de seguridad razonablemente esperables (art. 11 TRLGDCU)³². Aun cuando el precepto nada indica al respecto, el límite máximo de indemnizatorio ha de relacionarse con la responsabilidad del porteador derivada de un mismo suceso, y no operaría como límite de la indemnización individual de cada perjudicado, teniendo en cuenta que dichos daños son resarcibles acumulativamente a través de otras vías, como a continuación se expondrá³³.

En efecto, la indemnización contemplada en el artículo 148 TRLGDCU es compatible con otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual, tal y como reconoce expresamente el artículo 128 TRLGDCU³⁴. Por tanto, este régimen especial de responsabilidad civil por daños al consumidor no excluye el de la responsabilidad civil general o la derivada de otros regímenes especiales.

Regímenes especiales: Responsabilidad civil derivada de la circulación de un vehículo a motor.

De otro lado, refiriéndonos ya al segundo de los regímenes especiales de responsabilidad, para delimitar el alcance de la responsabilidad civil derivada de la *circulación* de un vehículo a motor, independientemente del origen contractual o extracontractual de la obligación, hay que atender a lo dispuesto en el TRLSCSVM y en su Reglamento de desarrollo. El artículo 1.º TRLSCSVM, bajo el esquema de una responsabilidad *cuasi* objetiva en virtud del riesgo creado, atribuye al conductor la responsabilidad por los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación del vehículo. Se trata de una responsabilidad por hechos propios fundamentada en la llamada *culpa in operando*, que se complementa, en el caso de omisión de la actividad obligatoria o razonablemente esperada, con la llamada *culpa in omittendo*. Dicha responsabilidad es exigible también a la persona no conductora, cuando esté vinculado con ésta por alguna de las relaciones que regula el artículo 1.903 del Código Civil, referido a la responsabilidad por hechos ajenos; destaca en el ámbito del transporte de personas, la de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios

³² Cfr. PASQUAU LIAÑO, M., op. cit., pág. 84. Vid, además, específicamente, ESTANCONA PÉREZ, A.A., op. cit., págs. 215 a 222.

³³ En contra, no obstante, PARRA LUCÁN, M.^a, «Daños causados por otros bienes o servicios», en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2.^a ed., 2015, pág. 2122.

³⁴ PARRA LUCÁN, M.^a, «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos», en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., págs. 1843 a 1928; y, particularmente, en la misma obra, «Capítulo II. Daños causados por otros bienes y servicios», págs. 2116 a 2122.

causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones; esta responsabilidad cesará cuando la persona pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño³⁵. Por otro lado, el propietario no conductor de un vehículo que circule sin la cobertura vigente de un seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor del mismo de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por éste, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído. Finalmente, en el ámbito penal, el artículo 120.5 del *Código Penal* declara la responsabilidad civil subsidiaria de los que lo sean criminalmente, de las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

En esta materia, también hay que tener en cuenta, en el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil, la facultad de repetición de las aseguradoras, una vez efectuado el pago de la indemnización a la víctima o sus causahabientes, para la recuperación de las sumas abonadas, contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Esta medida, prevista en el artículo 10 TRLSCSVM, compatibiliza el principio de inasegurabilidad del propio dolo con la protección del tercero perjudicado. Ahora bien, el derecho de repetición frente al propietario del vehículo y el asegurado no conductores no tendrá lugar cuando el accidente se haya producido habiendo sido el vehículo objeto de hurto o hurto de uso y, desde luego, es cuestionable la repetición cuando no pueda imputarse la acción dolosa o negligente al propietario ni al asegurado, debiendo proceder únicamente en su caso cuando el estado de embriaguez les sea imputable o cuando hubieran permitido la circulación conociendo el estado del conductor.

Una vez probado el incumplimiento, es preciso valorar su imputabilidad al porteador, en

³⁵ Efectivamente, el patrón general de diligencia previsto en nuestro ordenamiento es el del buen padre de familia (artículo 1.104 *Código civil*), que se identifica en el ámbito mercantil con el buen profesional o el ordenado comerciante. El término ordenado, empleado en las leyes especiales mercantiles para referirse al deudor comerciante o empresario, implica una superior diligencia, exigible a los empresarios como deudores de carácter cualificado por dedicarse de forma típica y habitual a una actividad. Existen por tanto dos modelos objetivos de referencia (el estándar del buen padre de familia y el estándar del ordenado empresario) o de dos tipos de diligencia específicos, el general y el profesional o empresarial. El tipo de diligencia exigible a los profesionales, en tanto poseedores de unos conocimientos especiales y unas determinadas técnicas (*lex artis*), debe ser distinto del exigible al deudor común (vid., por todos, RAMOS HERRANZ, I., «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LIX-1, Enero 2006, págs. 195 a 225). Trasladándolo al ámbito que nos ocupa, el patrón de diligencia exigible será el de un ordenado transportista, lo cual significa que deberá observar los principios técnicos que rigen su profesión, exigiéndosele una pericia normal media de un profesional del transporte terrestre o diligencia razonable en el sector. Este concepto de la diligencia razonable es lo suficientemente amplio y flexible como para permitir que en la valoración del comportamiento del porteador sean tomadas en consideración las circunstancias del caso en concreto así como el coste económico de las medidas que debieron ser adoptadas para impedirlo, o, en su caso, para reducir el alcance de las consecuencias. Además, hay que tener en cuenta, respecto al conductor, el patrón de diligencia exigible concretado en el artículo 3.^º del RGC (expuesto *supra*).

atención a las causas exoneratorias. En cuanto a la exoneración de responsabilidad en el caso de daños a las personas, contempla el citado artículo 1.º 1 TRLSCSVM que sólo quedará exonerado el conductor cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no considerándose casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos. El esfuerzo probatorio, imprescindible para desvirtuar la responsabilidad del porteador, recae sobre éste. Para exonerarse de responsabilidad, tendrá que demostrar no solo que los daños fueron causados por circunstancias exteriores concretas (por ejemplo, un accidente causado por una catástrofe natural) o por causa de terceros o del propio viajero, probando el hecho extintivo de su responsabilidad y la relación de causalidad entre éste y el daño sufrido, sino también que obró con la diligencia debida. La inevitabilidad abarca tanto la producción del hecho como sus consecuencias, lo cual nos lleva de nuevo a la necesidad de valorar la conducta del porteador en orden a evitar las consecuencias dañosas y al parámetro de comportamiento esperable de un diligente y ordenado profesional del transporte rodado³⁶.

La constatación de una causa de exoneración de la responsabilidad del porteador es indiferente desde el punto de vista de la actuación a la que está obligado para superar dicha circunstancia o mitigar los daños que pueden derivarse de la misma. Subsiste en todo caso la obligación de protección del viajero y asistencia a las víctimas.

Otro supuesto distinto se presenta cuando la víctima contribuye a la producción del daño³⁷, en cuyo caso se reducirán todas las indemnizaciones, incluidas las relativas a los gastos en que se haya incurrido en los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del 75%. Se articula así un sistema de responsabilidad *supra* objetiva en atención a que se establece un límite mínimo de culpa imputable al causante del daño, que permitirá en todo caso a la víctima cobrar, al menos, un 25% de la indemnización³⁸. Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación

³⁶ Cfr. DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional de mercancías», en AA.VV., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 295.

³⁷ Sobre la concurrencia de culpas, vid. SOTO NIETO, F., «La llamada compensación de culpas», *Revista de Derecho Privado*, núm. 52, 1968, págs. 409 a 427; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 366 y 367; MONTERROSO CASADO, E., *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La Concurrencia de Causas*, Aranzadi, Navarra, 2009; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Casualidad, imputación objetiva y culpa en la "concurrencia de culpas"», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Civitas, Madrid, Vol. 2, 2002, págs. 2591 a 2628; MARTÍN-CASALS M., «A través del espejo: concurrencia de "culpa" de la víctima y culpa del causante del daño», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, op. cit., págs. 2471 a 2490.

³⁸ Vid. HERNÁNDEZ BAREA, H., «Concurrencia de culpas: moderación de indemnizaciones», *Cuadernos de derecho judicial*, Ejemplar dedicado a Derecho de seguros, III, dir. por ARROYO FIESTAS, F.J., nº 12, 1997, págs. 109 a 238; MAGRO SERVET, V., «Moderación de la indemnización en accidentes de tráfico por concurrencia de la culpa de la víctima o perjudicado», *Tráfico y seguridad vial*, núm. 89, 2006, págs. 5 a 14.

del daño. En los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización y se excluye la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. No obstante, tales reglas no procederán si el menor o alguna de las personas mencionadas han contribuido dolosamente a la producción del daño.

Finalmente con los mismos límites expuestos, se procederá a la reducción proporcional de la indemnización en caso de que la víctima incumpla su deber de mitigar el daño, esto es, lleve a cabo una conducta generalmente exigible que, sin comportar riesgo alguno para su salud o integridad física, habría evitado la agravación del daño producido y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo.

Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantifican en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en un anexo que acompaña a la norma, el conocido como Baremo de tráfico. Dicho baremo ha sido completamente actualizado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, *de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Se trata de la única herramienta de carácter objetivo y detallado que, hasta la fecha, existe en nuestro país para que los distintos agentes implicados en cualquier suceso puedan valorar en términos económicos los daños, tanto personales –incluidos los morales- como patrimoniales³⁹. El baremo vertebría y estructura el *quantum* indemnizatorio por conceptos, facilitando no solo la labor de los jueces, sino también la de las víctimas, en orden a acreditar el daño y valorarlo. El sistema se inspira

³⁹ Vid., al respecto, HERNÁNDEZ CUETO, C., «El uso de baremos en la valoración de daños personales. La reforma del baremo de tráfico», *Cuadernos médicos forense*, Vol. 20, núm. 4, 2014, http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062014000300001, quien destaca que la cuantificación y la indemnización de daños personales debe apoyarse en el empleo de baremos, destacando las numerosas ventajas de su utilización: «a) Facilita la comprensión del informe pericial para el no iniciado. Transformar la compleja red de secuelas que un paciente puede presentar, sus consecuencias, interacciones y evoluciones futuras, en una cifra, o en varias combinadas, situadas dentro de una escala concreta (siendo la más frecuente de 0 a 100), permite al lector obtener de inmediato y con suma facilidad una imagen resumen bastante cercana a la realidad sobre la situación del paciente y sus posibles consecuencias, del verdadero *quantum* que el experto pretende analizar y expresar en su informe; b) Introduce un elemento común que uniformiza los criterios de cuantificación, aproximando los casos de valoración a lo más cercano posible al concepto de Justicia, de tal modo que casos similares sean tratados de igual forma; c) Facilita los acuerdos amistosos fuera de la vía judicial, descargando considerablemente el trabajo de la Administración de Justicia, acelerando el acceso de la víctima a la compensación económica y la atención de otras necesidades perentorias en los casos más graves, como la atención especializada continuada, la adaptación del domicilio y la eliminación de barreras arquitectónicas, la adecuación del transporte personal mediante la adquisición de un vehículo adaptado, y un largo etcétera; d) Permite a mutuas y compañías aseguradoras hacer previsiones económicas precisas y esenciales para el adecuado futuro funcionamiento de estas entidades esenciales en el sistema nacional que permite la compensación de daños en nuestro país»; HOLGADO, J., «El nuevo baremo les vuelve locos», *Capital Madrid*, 15 de julio de 2014, <https://www.capitalmadrid.com/2014/7/15/34532/el-nuevo-baremo-les-vuelve-locos.html>;

en el principio de reparación íntegra del daño corporal; su finalidad es la de lograr la total indemnización de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima o a los perjudicados en una posición lo más cercana posible a la que tendrían de no haberse producido el accidente. Por otro lado, identifica nuevos perjudicados y nuevos conceptos resarcitorios, sistematizando y dotando de sustantividad propia las indemnizaciones por daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante). Destaca también el significativo aumento del conjunto de las indemnizaciones, en particular las que corresponden a los casos de fallecimiento —y, en especial, la de los hijos de víctimas fallecidas— y de grandes lesionados, proporcionando una mayor justicia resarcitoria. En efecto, el baremo distingue, a dichos efectos, entre tres niveles de individualización perjudicial, separando los perjuicios básicos, de los perjuicios particulares y de los perjuicios excepcionales; por otro lado, establece una serie de categorías de perjudicados, cuyo resarcimiento entre sí es compatible, al eliminarse la asignación de indemnizaciones por grupos consecutivos excluyentes, en atención a la doctrina del perjuicio propio de los familiares del fallecido; y consagra legalmente el principio de la doble presunción, determinante de que se presuma que quienes figuran catalogados como perjudicados vean reconocida su condición perjudicial, salvo prueba en contrario; y que quienes no están catalogados no gocen de la condición perjudicial, pero igualmente salvo prueba en contrario⁴⁰. La cuantía de la indemnización cubierta por el seguro obligatorio en los daños causados a las personas se determinará atendiendo a ello, pero si la cuantía de las indemnizaciones resultase superior al importe de la cobertura del seguro obligatorio (70 millones de euros por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas), se satisfará, con cargo a éste, dicho importe máximo, y el resto hasta el montante total de la indemnización quedará a cargo del seguro voluntario o del responsable del siniestro, según proceda, en los términos del régimen general de responsabilidad expuesto *supra*. En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del *Código civil*, artículos 109 y siguientes del *Código Penal* (en este caso, el límite de la cobertura del seguro obligatorio alcanza los 15 millones de euros por siniestro).

Regímenes especiales: Responsabilidad civil en los transportes en autocar y autobús regulados por el Reglamento (UE) núm. 181/2011

Para los transportes en autocar y autobús que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 181/2011—recuérdese, en este caso, transportes con embarque o desembarque dentro de la Unión Europea, tanto discretionales como los regulares cuya distancia programada sea igual o superior a 250 km—, no se establece una limitación de responsabilidad del porteador similar a la que contemplan los reglamentos referidos a los medios de transporte marítimo y aéreo, sino que la norma europea se remite a los derechos nacionales del viajero, en consonancia, por otro lado, con el reglamento europeo en el ámbito de transporte ferroviario de viajeros [Reglamento (CE) núm. 1371/2007 del

⁴⁰ Cfr. MEDINA CRESPO, M., *El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo Baremo de Tráfico*, Madrid, 2015.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril]⁴¹. En efecto, los viajeros o causahabientes tendrán derecho a una indemnización por fallecimiento o lesiones corporales como consecuencia de accidentes resultantes del uso del autobús o autocar, que se calculará de conformidad con su derecho nacional, teniendo en cuenta que el límite máximo establecido por los derechos nacionales respectivos no podrá ser inferior a 220.000 euros por viajero [art. 7.º Reglamento (UE) núm. 181/2011].

Al respecto, en nuestro ordenamiento nacional hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 LOTT que, mezclando responsabilidad civil y aseguramiento de la misma y, cuestionablemente, seguro obligatorio de viajeros, establece que «en los transportes en autobús y autocar, el transportista responderá de las obligaciones establecidas frente a los viajeros, en los términos previstos en el Reglamento (UE) núm. 181/2011 [...], en la medida en que éstas no estén cubiertas íntegramente por el seguro obligatorio de viajeros, por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria previsto en el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, o por cualquier otro seguro».

El mencionado Seguro Obligatorio de Viajeros constituye efectivamente una modalidad de seguro de accidentes individuales, que debe ser compatible con cualquier otro seguro concertado por el viajero o referente a él. Por ello, no libera a las empresas transportistas o a los terceros de la responsabilidad civil en que pudieran incurrir por razón del transporte de personas, ni las prestaciones satisfechas con cargo a este seguro reducen el importe de dicha responsabilidad (artículo 2.º3 RD 1575/1989)⁴². En el mismo sentido se

⁴¹ Llama la atención, además, la diferencia cuantitativa respecto al límite máximo de la responsabilidad del porteador en otros medios de transporte (respecto al transporte marítimo, el Reglamento (CE) núm. 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente contempla una responsabilidad máxima de 400.000 unidades de cuenta y respecto al transporte aéreo, la responsabilidad puede llegar a ser ilimitada, en virtud de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 2027/1997, del Consejo, de 9 de octubre, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente).

⁴² En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo 627/2011, de 19 de septiembre (TOL2.245.397), que «[L]as obligaciones del asegurador, nacidas del seguro de viajeros, son indisponibles, y no pueden quedar sujetas ni a la voluntad del propio asegurador ni a la de terceros, ni a la determinación de la responsabilidad por el siniestro. Una interpretación favorable a la compatibilidad de ambas indemnizaciones es la única que garantiza la seguridad jurídica que exige el artículo 51 CE, y los derechos de los consumidores y usuarios contemplados en los artículos 7 y 11 de la anterior ley y 19 y 21 del actual Texto Refundido.

A esta conclusión se llega teniendo en cuenta que, en una interpretación como la efectuada por la AP, contraria a la compatibilidad de ambas indemnizaciones, se obliga al usuario del transporte a decidir, de manera previa, si existe responsabilidad civil del conductor, concurrencia de culpas o incluso exención de responsabilidad, cuando esta solo queda determinada tras una resolución judicial. Y todo ello, a pesar de tener un seguro de accidentes que no depende de quien haya resultado culpable del siniestro.

Se impone al usuario la obligación de decidir entre una y otra indemnización, o la de pedirlas de forma subsidiaria, poniéndole en grave riesgo de pago de las costas procesales, o en el mejor de los casos, en la imposibilidad de recobrar las suyas. Además, se imputa al usuario, que paga el billete y la prima del SOV, el pago de una prima de un seguro que va a resultar inefectivo en caso de responsabilidad civil declarada.

expresa el artículo 5.^º del ROTT que prevé que los viajeros que se desplacen en transportes públicos por carretera, por ferrocarril o por cable deberán estar cubiertos por el seguro obligatorio de viajeros regulado por RD 1575/1989, contemplando también, adicionalmente, la obligación de las empresas prestadoras de los referidos servicios de transporte de tener cubierta su responsabilidad civil por los daños que causen con ocasión del transporte. En definitiva, las indemnizaciones derivadas de ambos seguros deben ser compatibles y acumulables entre sí⁴³, porque no estamos ante un supuesto de seguro doble o cumulativo ni podemos reconducir el concepto de enriquecimiento injusto, propio de los seguros de daños, a un seguro de personas, como es el seguro obligatorio de viajeros⁴⁴. Los intereses asegurables son distintos: uno cubre el patrimonio del porteador, en cuyo seno puede nacer una deuda de responsabilidad civil (se trata de un seguro de daños y, en consecuencia, queda sometido al principio indemnizatorio del artículo 26 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro*, en adelante, LCS), y otro el ser humano (tratándose de un seguro de personas, donde no hay correlación entre valor real del interés expuesto al riesgo y la suma asegurada, cuya virtualidad se circunscribe a la determinación de la indemnización a percibir y la prima correspondiente). Por ello, además, encontramos las lógicas diferencias también en materia de subrogación del asegurador frente al responsable del daño, recurso éste que es posible en el seguro de responsabilidad civil en su condición de seguro de daños (artículo 43 LCS) y, en ningún caso, en el seguro de accidentes en su condición de seguro de personas (artículo 82 LCS, exceptuando los gastos de asistencia sanitaria). Ambos seguros no guardan jurídicamente relación alguna, más allá del dato fáctico de que el mismo hecho pueda, en su caso, determinar o desencadenar el acaecimiento del siniestro en los dos contratos⁴⁵. El seguro

Es por todo lo anterior que se considera más acertada la postura defendida por la doctrina minoritaria, sobre la compatibilidad de ambas indemnizaciones».

⁴³ En contra, no obstante, en un primer momento ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «Transporte Terrestre», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos...*, op. cit., pág. 395. Posteriormente aboga por la compatibilidad de ambos seguros en «La institución del seguro como sistema de protección al viajero por los daños personales causados en el contrato de transporte por carretera», en AA.VV., *La nueva ordenación del mercado de transporte*, coord. por PUETZ, A. y dir. por PETIT LAVALL, M.V., MARTÍNEZ SANZ, F. - RECALDE CASTELLS, A.J., Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 786 a 788. Estudia pormenorizadamente la compatibilidad del seguro obligatorio de viajeros con otros seguros, ESTANCONA PÉREZ, A.A., op. cit., págs. 470 a 476, manifestándose también en contra al afirmar que «la indemnización total, de ambos seguros, no superará el valor real del daño efectivamente causado, descartando así el supuesto enriquecimiento injusto que pudiera causar una doble indemnización». Igualmente afirma que «no habrá duplicidad indemnizatoria porque el perjudicado no recibirá dos indemnizaciones».

⁴⁴ En este sentido, resulta muy ilustrativa la citada Sentencia del Tribunal Supremo 627/2011, de 19 de septiembre (TOL2.245.397), donde puede leerse sobre el seguro obligatorio de viajeros que «por su naturaleza de seguro de personas, un seguro en el que el derecho del perjudicado a ser indemnizado por el daño personal sufrido deriva de la simple concurrencia del hecho objetivo del accidente, al margen de la posible culpa del conductor del vehículo en que viaja, que además, como seguro de suma, tampoco se encuentra sujeto a la exigencia de indemnización concreta del daño, ni a la prohibición de enriquecimiento injusto del artículo 26 LCS , ni a las reglas que rigen el abono de la indemnización en caso de seguro múltiple (art. 32 LCS), resultando compatibles en el ámbito de los seguros de personas el aseguramiento múltiple y cumulativo del mismo riesgo».

⁴⁵ La cuestión de la compatibilidad de los seguros y la acumulación de las indemnizaciones ha sido muy controvertida en los tribunales. A favor de la acumulación de indemnizaciones se pronuncia la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.^a) en su Sentencia núm. 97/2009, de 18 marzo (AC 2009\515), cuyo

fundamento jurídico 2.^º hace un exhaustivo recorrido por las distintas posiciones jurisprudenciales: «...la parte apelante sostiene que debe declararse procedente la indemnización reclamada con cargo al seguro obligatorio de viajeros, y ello por resultar compatible con la reclamada en base al seguro derivado de la LRCSCVM.

Esta cuestión, controvertida desde luego, ha sido objeto de estudio por este Tribunal, entre otras en la sentencia que cita la recurrente de 23-4-08 (JUR 2008, 318012), y que reitera otra posterior de 26-10-08, en la que afirmó en su fundamento tercero lo siguiente: "El siguiente motivo relativo a la compatibilidad de la indemnizaciones derivadas de uno y otro seguro, debe asimismo rechazarse, pues es criterio reiterado de esta Sala, entre otras en sus sentencias de 10-6-99 (AC 1999, 6057), 28-9-2004 (JUR 2004, 277435) y 27-11-2006 (JUR 2007, 23554), el de su compatibilidad.

De acuerdo con el criterio del recurrente, después de la Reforma introducida en el artículo 21 de la LOTT por la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, no puede duplicarse la indemnización y satisfacerse por razón del Seguro obligatorio de viajeros aquel daño que ya se haya contemplado y resarcido por el seguro de la LRCSCVM.

Ciertamente ese es el criterio abrumadoramente mayoritario entre los tribunales de nuestras Audiencias, esto es, el de la compatibilidad de uno y otro seguro, pero no la acumulación o duplicidad de las indemnizaciones si el daño resarcible es el mismo, debiendo primar, en tal caso, la aplicación del régimen resarcitorio previsto en la LRSCVM, y en este sentido y dirección se han pronunciado las SSAP de Barcelona, Sec. 4.^a de 30-3-2006 (JUR 2006, 223671), Madrid, Sec. 14 de 7-3-2006, Bizkaia, Sec. 4.^a de 17-2-2006 (JUR 2006, 156787), León Sec. 2.^a de 2-2-2006, Ourense Sec. 2.^a de 30-12-2004 (JUR 2005, 43645), Córdoba Sec. 1.^a de 25-11-2004 o Huelva Sec. 1.^a de 19-12-2006 y la Secc. 6.^a de esta Audiencia en sus resoluciones de 12-2-2007 (JUR 2007, 245084), 26-3-2007 (JUR 2007, 213720) y 26-7-2007 (JUR 2007, 355812)); mientras es minoritario el criterio contrario sostenido, entre otras, por las SSAP de Almería Sec. 3.^a de 14-6-2004 (AC 2004, 1475) y Córdoba Sec. 7.^a de 31-7-2001 (AC 2001, 1714), al que se suma, como ya dijimos, esta Sección de la AP de Asturias.

Sin perjuicio de otras, puede tomarse como referente del pensamiento mayoritario la sentencia citada de la AP de Cáceres de 14-12-2006, de acuerdo con la cual la modificación introducida por la Ley 14/2000 de 29 de diciembre de la LOTT 16/1987 de 30 de julio aboca a la incompatibilidad de indemnizaciones por el mismo daño, impidiendo la efectividad de uno y otro seguro (el de responsabilidad civil de vehículos de motor y el seguro obligatorio de viajeros), porque, de otro modo, se produciría una indeseable duplicidad indemnizatoria, con enriquecimiento indebido del perjudicado y menoscabo de elementales principios de justicia, coincidiendo tal previsión con el designio de la Ley cuando introdujo la dicha modificación y a lo que, en modo alguno, cabe oponer la declaración de compatibilidad contenida en los nº 2 y 3 del artículo 2.^º del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, dada la superior jerarquía de la Ley de Ordenación de Transportes, al punto (matiza la sentencia de la Sala 6.^a de esta Audiencia de 12-2-2007 (JUR 2007, 245084) que se habría producido una derogación tácita de los citados números del Reglamento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º del CC, todo ello en el bien entendido de que el tan dicho criterio reconoce a cada seguro distinto ámbito de actuación y, por tanto, declara su compatibilidad, pero no, se repite, el resultado indemnizatorio dual, resultante de la aplicación de uno y otro, cuando el riesgo resarcible sea el mismo).

Sin embargo, a juicio de esta Sala, las cosas no son tan así y es posible y parece más correcto otorgar a la modificación introducida otro propósito, en el sentido de que guarda relación y afecta al carácter obligatorio del seguro de viajeros contemplado en el nº 1 del artículo 2.^º del Reglamento y no a la compatibilidad de otros seguros suscritos y las prestaciones satisfechas por otros responsables (números 2 y 3 del mismo artículo).

En efecto, lo que el artículo 21 de la LOTT regula y ordena es la suscripción de un seguro obligatorio en todo transporte público de viajeros que cubra los daños sufridos por éstos de acuerdo con los términos que establezca la regulación específica, que no es otra que el tan citado Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, obligación de suscripción que recuerda y recoge, de nuevo, el artículo 2.1 de éste y que la reforma estudiada, introducida en el artículo 21 de la LOTT, suaviza "en la medida" que los daños a que se refiere el Reglamento (art. 3.^º del mismo) ya estuvieren cubiertos y, por tanto, fuesen susceptibles de futuro resarcimiento a través del seguro de responsabilidad civil de vehículos, también de suscripción obligatoria.

Como bien se han cuidado de poner en evidencia las resoluciones del criterio mayoritario, el ámbito de cobertura de uno y otro seguro obligatorio no son en todo coincidentes y por eso que son efectivamente compatibles. A modo de ejemplo, baste decir que el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros limita su obligatoriedad a la cobertura de los daños corporales (art. 1.^º), que no a las cosas, como, sin embargo sí

obligatorio de viajeros no opera, por tanto, como mecanismo subsidiario para aquellos supuestos en que el evento no se halle cubierto por el sistema de responsabilidad civil del vehículo a motor y su seguro. Además, también hay que tener en cuenta que la indemnización derivada del seguro obligatorio de accidentes no está condicionada a la declaración o reconocimiento de responsabilidad por parte del porteador, ya que lo asegurado no es dicha responsabilidad sino el daño que sufre el viajero provisto del

ocurre con el Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos (art. 1.^º de esa Ley) o, más gráficamente, que el primero abarca el transporte marítimo (art. 4.^º-1-B) o, incluso, al transporte en telesféricos, funiculares, telesquís, telesillas, telecabinas u otros medios (art. 10-C), lo que obviamente no ocurre con el Seguro de Vehículos, y de lo que resulta la compatibilidad de uno y otro a que se refiere el nº 2 del artículo 2.^º o de las indemnizaciones que resulten del Seguro de Viajeros y de la responsabilidad dolosa o culposa atribuible al propio transportista o terceros, que regula el nº 3 del mismo articulado.

Por su parte, la compatibilidad de las indemnizaciones es posible cuando el transportista tanto haya suscrito el Seguro de Vehículos como otro de viajeros, porque uno y otro seguros no atienden al mismo riesgo ni al mismo interés y, además, el obligatorio de viajeros, en cuanto que calificado y concebido por el Reglamento como seguro de accidentes individual (art. 2.^º2) y, por tanto, como seguro de suma, no se halla sometido al principio de indemnización concreta y proscripción del enriquecimiento injusto proclamado en el artículo 26 de la LCS 50/1980, de 5 de octubre, de aplicación al seguro de daños (Título II) pero no al de personas (Título III).

El Seguro Obligatorio de Vehículos es un seguro de responsabilidad civil, es decir, de daños, en el que el riesgo asegurado es el derivado de la circulación de vehículos (art. 1.^º), pero el interés protegido es el del responsable del daño, en cuanto que lo que se asegura no es la posibilidad del accidente de terceros sino la deuda de responsabilidad que se verá obligado a asumir el asegurado responsable, es decir y en suma, su patrimonio.

El seguro de accidentes, por el contrario, es un seguro de personas (Título III LCS), en el que el riesgo asegurado es el cuerpo humano (art. 80 LCS), y comprende todos aquéllos que pueden afectar a su existencia, integridad corporal o salud, correspondiendo el interés a la propia persona objeto del riesgo, de forma que la diferencia esencial con el seguro contra daños (entre los que está el de responsabilidad civil) estriba en que el daño, en aquél, no recae sobre cosas, sino sobre una persona, lo que hace difícil y delicada su estimación en dinero, de ahí su valoración anticipada por los contratantes al suscribir la póliza y su caracterización como "seguro de suma", es decir, aquél en que el asegurado no se compromete, estrictamente, a la indemnización del daño concreto sufrido, sino a la entrega de la suma convenida (art. 1.^º LCS).

Expresamente el artículo 2.^º del Reglamento del SOVI califica de seguro privado de accidentes individuales el suscrito por el transportista (art. 22), regido lógicamente por él, pero también por la Ley de Contrato de Seguros 50/1980 de octubre (nº 4 de ese artículo), en el que el tomador es el transportista (art. 5.^º) pero el asegurado, el viajero (art. 6.^º), a quien se repercutiría el pago de la prima del seguro incorporándola al precio del transporte (art. 12.1.A).

Se trata, pues, de un seguro de accidentes propio e individual de cada viajero, del que éste se beneficia con la compra del billete, y en el que la suma asegurada viene fijada por Ley (art. 15.2 del Reglamento), y como seguro de tal clase no le es aplicable la prohibición del artículo 26 de la LCS ni el 32 (regulador del seguro múltiple), no sólo porque dicha normativa es sólo de aplicación al seguro de daños, sino por la muy cabal razón de que el valor del riesgo (el cuerpo humano) o del interés del asegurado en él (el propio titular de ese patrimonio físico) es inasequible a un valor concreto, cierto y unívoco como el de las cosas, más allá del cual pueda tacharse la pretensión de enriquecimiento injusto, por más que la Ley pueda, en los supuestos de contratación obligatoria y por razones de política legislativa, otorgarle uno concreto, de forma que, al fin y en consecuencia, no hay duplicidad en la indemnización sino distinto riesgo e interés resarcible, cabiendo llamar la atención sobre que el supuesto no se aleja de aquel otro habitual consecuente a accidente viario y consistente en que al lado de la indemnización por responsabilidad civil, puede ser que, por razón de la suscripción de una póliza de seguro de personas contratada por el propio perjudicado u otro, se haga éste acreedor, frente a su entidad aseguradora, de otra prestación económica que tenga como causa el estado físico resultante del siniestro viario».

correspondiente billete con ocasión del transporte⁴⁶. En este seguro de accidentes, lo relevante es el daño independientemente de quien haya resultado culpable del siniestro⁴⁷. Basta, por tanto, en el ámbito de este seguro, con que el viajero o sus causahabientes acrediten la causación de unas lesiones entre el momento en que el vehículo se pone a su disposición y hasta aquel en el que sale del mismo por el lugar debido (art. 8.º.1 RD 1575/1989) para tener derecho a la indemnización conforme al baremo que su propio reglamento establece. Y a la aseguradora corresponderá, si pretende exonerarse, acreditar la concurrencia de alguna circunstancia ajena, la ruptura del nexo de causalidad, o la actuación del viajero en forma dolosa o cuando se encuentre en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas, estupefacientes o estimulantes (art. 9.º RD 1575/1989)⁴⁸. A estos efectos, el concepto relevante de accidente no es el de accidente de circulación, sino el acuñado por el artículo 100 de la LCS, que entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte.

En cuanto a la extensión temporal y espacial de la responsabilidad en el marco del Reglamento (UE) núm. 181/2011, hay que tener en cuenta que los viajeros tendrán derecho a una indemnización por los daños personales debidos a accidentes resultantes exclusivamente del uso del autobús o autocar, lo que deja fuera los accidentes ocurridos

⁴⁶ Cfr. REGLERO CAMPOS, F., op. cit., págs. 148 y 149.

⁴⁷ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sus Sentencias 618/2010, de 8 de octubre (TOL1.972.756) y 627/2011, de 19 de septiembre (TOL2.245.397). En particular, en la primera de ellas, recáida en un litigio en el que se debatió la cobertura por el seguro obligatorio de viajeros y el seguro obligatorio de la LRCSCVM de los daños y responsabilidad derivada del accidente sufrido por un pasajero que se cayó en el autobús en el que viajaba debido a un frenazo, el Alto Tribunal, acogiendo el criterio favorable a la compatibilidad de ambas indemnizaciones, declaró que la negativa de la AP a indemnizar con cargo al seguro obligatorio de viajeros por ausencia de culpa o responsabilidad del conductor del vehículo constituía una decisión errónea, toda vez que, a diferencia del seguro de responsabilidad civil, el seguro obligatorio de viajeros otorga a todo viajero que utilice un transporte público y en el momento del accidente esté provisto del título de transporte, el derecho a ser indemnizado «siempre que se produzca el hecho objetivo del accidente o daño, con independencia de la culpa o negligencia del conductor, empresario, o empleados, e incluso tercero, hasta el límite y en las condiciones establecidas en el mismo».

Como afirma LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «Comentario a la Sentencia 27/2011, de 19 de septiembre», en <https://www.tirantonline.com.bibezproxy.uca.es/tol/documento/show/2245397?index=27&searchtype=substring&>, «el Seguro Obligatorio de Viajeros, no tiene un sustrato culpabilístico, sino netamente objetivo; tiene su base en el mero hecho de utilizar un medio de locomoción destinado al transporte colectivo de personas, con independencia de la culpa o negligencia en que hayan podido incurrir la empresa de transportes o el conductor del vehículo o medio de transporte, pues los daños y perjuicios sufridos por el viajero derivados de esa culpa o imprudencia tienen otro régimen de indemnización, que es a su vez compatible con la cobertura objetiva que dispensa el Seguro Obligatorio de Viajeros, pero que no puede exigirse con cargo a este Seguro, sino, en su caso, con cargo al seguro de responsabilidad civil si lo hubiere, y, en todo caso, con cargo al patrimonio del autor de la conducta culpable o imprudente. Arts. 1902, 1911 Código Civil)».

⁴⁸ Sentencia de AP de Córdoba de 9 de mayo de 2000 (Sección 2.ª) (AC 2000\1169).

durante las estancias en las estaciones⁴⁹ o en las paradas⁵⁰, los cuales quedan excluidos de la responsabilidad de los porteadores. En este sentido es notable la diferencia con el régimen previsto en el Reglamento (CE) núm. 1371/2007 para el transporte ferroviario, en donde la obligación de seguridad, y la consiguiente responsabilidad que pudiera derivarse de su incumplimiento, se extiende no sólo al periodo en el cual el viajero está dentro de vehículo ferroviario, sino también a la entrada y salida del mismo⁵¹, especificación ésta que no encontramos en el Reglamento (UE) núm. 181/2011, y que deja una puerta abierta a la litigiosidad.

Finalmente, en caso de accidente resultante del uso del autobús o autocar, el transportista proporcionará una asistencia adecuada y proporcionada a los viajeros para sus necesidades prácticas inmediatas tras el accidente. Esta asistencia incluirá, cuando resulte necesario, alojamiento, comida, ropa, transporte y prestación de primeros auxilios. La asistencia prestada no constituirá reconocimiento de responsabilidad.

3.2.B.b. Daños a los equipajes y bultos de mano

En cuanto al equipaje (cualquier objeto o conjunto de objetos que, a petición del viajero,

⁴⁹ El Reglamento (UE) núm. 181/2011 entiende por estación la «dotada de personal donde, según la ruta determinada, está programada la parada de un servicio regular para el embarque o desembarque de viajeros, y equipada con instalaciones como las destinadas a la facturación, salas de espera o ventanillas para la venta de billetes».

⁵⁰ Por parada entiende el Reglamento (UE) núm. 181/2011 «cualquier punto, distinto de una estación, donde, según la ruta determinada, está programada la parada de un servicio regular para el embarque o desembarque de viajeros».

⁵¹ Además, el artículo 26 del Reglamento (CE) núm. 1371/2007 recoge expresamente la obligación de seguridad personal de los viajeros, proyectándola no solo sobre el transportista sino también sobre todos aquéllos otros sujetos que intervienen en el transporte ferroviario (los administradores de infraestructuras y los administradores de estaciones). En efecto, para que la responsabilidad derivada de un accidente en el ámbito ferroviario se someta a las RU CIV (*Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril*, apéndice A COTIF, e incorporadas al citado Reglamento europeo) y genere, en principio, responsabilidad del transportista, éste ha de producirse durante la estancia del viajero en los coches ferroviarios, su entrada o salida de ellos, cualquiera que fuere la infraestructura ferroviaria utilizada (artículo 26.1 RU CIV). Cualquier otra eventualidad más allá de la entrada y salida de los vehículos ferroviarios podrá generar, en su caso, la responsabilidad de un administrador de infraestructuras o de estaciones, pero no del porteador en virtud del contrato de transporte. No obstante, el artículo 51 de las RU CIV, aplicando los principios de la llamada responsabilidad contractual indirecta, contempla la ficción legal de que los gestores de infraestructura ferroviaria en que se efectúe el transporte se consideran como personas a cuyo servicio recurre el transportista para la ejecución del transporte, precisando que el transportista será responsable de sus agentes y de las demás personas a cuyo servicio recurra para la ejecución del transporte, cuando dichos agentes o personas actúen en el ejercicio de sus funciones. Al declararse al administrador de infraestructuras auxiliar del transportista, se le aplica el artículo 52 RU CIV, en virtud del cual las reclamaciones contra los auxiliares del transportista, quedarán sujetas también a las condiciones y límites establecidos en las Reglas uniformes. Por tanto, el perjudicado podrá entablar acción de responsabilidad contractual contra el transportista o extracontractual, en su caso, contra el administrador de la infraestructura ferroviaria, beneficiándose en ambos casos de los privilegios probatorios que incorpora el sistema de responsabilidad previsto en las RU CIV y sometiéndose en contrapartida a las limitaciones de responsabilidad. En el supuesto en que sea el transportista el que asuma una indemnización por daños y perjuicios por causa de la infraestructura ferroviaria, podrá recuperarlas vía de regreso contra el administrador de la misma [cfr. ROMERO MATUTE, B., «Régimen jurídico privado del contrato de transporte de viajeros por ferrocarril», *Revista de derecho del transporte* núm. 18 (2016), págs. 11 a 62].

acompañan a éste durante el viaje a bordo de la bodega, la baca o el remolque del mismo vehículo) parece que deberían aplicarse analógicamente las reglas propias del transporte de cosas. En consecuencia, el porteador, en virtud del contrato de transporte, respondería por los daños, pérdidas y averías que sufran los equipajes de los viajeros de la misma manera (supuestos, causas de exoneración, daños indemnizables...) en que responde, con carácter general, el transportista de mercancías. No obstante, el transporte de equipajes no es propiamente un transporte de mercancías a los efectos de la LCTTM, sino una prestación complementaria que se encuadra en el marco de un transporte de personas. Por ello, se aplica su normativa específica; de esta forma, y en lo que concierne a la limitación de la responsabilidad del porteador, se habrá de estar:

- a) Dentro de su ámbito de aplicación (transportes en autobús o autocar con embarque o desembarque dentro de la Unión Europea, tanto discretionales como los regulares cuya distancia programada sea igual o superior a 250 km), al Reglamento (UE) núm. 181/2011, según el cual los viajeros, de conformidad con el Derecho nacional vigente, tendrán derecho a una indemnización por la pérdida o daño del equipaje, cuando tales daños sean consecuencia de accidentes resultantes del uso del autobús o autocar. El importe de la indemnización se calculará de conformidad con el Derecho nacional vigente, teniendo en cuenta que el límite máximo establecido por el Derecho nacional a la indemnización por la pérdida o daño del equipaje para cada ocasión no será inferior a 1.200 euros por pieza de equipaje (art. 7.º). Este mismo límite se recoge en el artículo 23.1 LOTT, tras su redacción por la Ley 9/2013, dejando abierta la posibilidad de que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones más favorables para el viajero.
- b) Con respecto a los transportes por carretera que queden fuera del ámbito de aplicación del mencionado Reglamento (UE) núm. 181/2011, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 23 LOTT —tras su redacción por la Ley 9/2013—, que establece que la responsabilidad por los daños o pérdidas que sufran los equipajes estará limitada, salvo que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones más favorables para el viajero, a 450 euros por pieza.

En relación con los bultos de mano (pequeños objetos destinados al abrigo, adorno o uso personal que un viajero lleve consigo durante el viaje a bordo del habitáculo del vehículo), señala el artículo 23 LOTT que su vigilancia corresponderá al viajero al que acompañan y, en consecuencia, serán de su cuenta los daños que aquéllos puedan sufrir mientras se encuentren a bordo del vehículo, salvo que pruebe la responsabilidad del porteador, en cuyo caso serán de aplicación las limitaciones antes mencionadas en relación con el equipaje (art. 23 LOTT). En todo caso, se considerará responsable al transportista de la posible pérdida o deterioro de los bultos de mano ocurrida en algún momento en el que, con ocasión de una parada, todos los ocupantes hubieran abandonado el vehículo sin que inmediatamente después, el conductor hubiera cerrado las puertas de acceso al mismo.

Por el contrario, a diferencia de los equipajes y bultos de mano, sí se contemplen expresamente en la LCTTM los llamados «encargos» (objetos que el transportista se obliga a conducir por cuenta ajena a bordo del vehículo cuando dichos objetos no guarden

relación directa con ninguno de los viajeros que ocupe plaza en el vehículo). En efecto, según la disposición adicional segunda, se aplicará al transporte de los «encargos» el régimen de la propia LCTTM. Y ello resulta probablemente lógico, por cuanto lo más adecuado es considerar que el transporte de «encargos» constituye un verdadero transporte de mercancías concertado con un porteador (principalmente) de viajeros. En este caso, producido el incumplimiento, el porteador no habrá de indemnizar la totalidad de los daños producidos sino que su responsabilidad se halla cuantitativamente limitada (art. 57 LCTTM): a) en los supuestos de pérdidas o averías de la mercancía, el límite máximo de la indemnización a satisfacer por el porteador viene representado por 1/3 del Indicador Público de renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o dañada; b) en los supuestos de retraso, la indemnización que el porteador deberá abonar al destinatario no podrá exceder del precio del transporte. Cuando como consecuencia del retraso se produzca la pérdida o avería de los géneros, la indemnización a satisfacer no podrá exceder de la prevista para el caso de pérdida total. Ahora bien, el porteador no podrá hacer uso del beneficio de la limitación de responsabilidad, cuando de conformidad con lo previsto en el artículo 62 LCTTM, el incumplimiento se hubiera producido de forma dolosa o gravemente culposa.

3.2.B.c. Cancelación, interrupción, retraso en la salida

La responsabilidad del porteador por retraso en el transporte o la falta de ejecución total o parcial del mismo no es objeto de regulación en el ámbito del transporte de viajeros (a diferencia de su tratamiento por la LCTTM respecto al transporte de mercancías), debiendo suplirse la laguna legal con la legislación civil específica del contrato de obra y la general sobre el incumplimiento de los contratos (arts. 1.101 y ss. del *Código civil*). No obstante, en lo que se refiere a los transportes regulares por autobús y autocar cuyo punto de embarque o desembarque esté situado en la Unión Europea y cuya distancia programada sea igual o superior a 250 km (se excluye de este régimen a los transportes discretionales), hay que atender a lo dispuesto en el Reglamento (UE) núm. 181/2011, artículos 19 a 23. Esta norma incrementa notablemente las obligaciones de información de modo accesible para estos supuestos y, sin perjuicio de cualquier otra reclamación que corresponda al viajero de conformidad con su Derecho nacional, se establece que cuando un transportista tenga razones para suponer que un servicio regular va a cancelarse o a tener un retraso significativo (cifrado en más de ciento veinte minutos) en su salida desde una estación, o efectivamente se cancele o se retrase más de ciento veinte minutos, así como en caso de sobrerreserva, debe ofrecer de inmediato al viajero (con billete cerrado o abierto que especifique hora de salida o con pase de temporada) la posibilidad de elegir entre: a) Continuación o recorrido alternativo hasta el destino final sin coste adicional y en la primera ocasión posible, en condiciones comparables a las estipuladas en el contrato de transporte; b) reembolso del precio del billete y, si procede, un servicio de vuelta gratuito en autobús o autocar en la primera ocasión posible, al primer punto de partida mencionado en el contrato de transporte. Se exceptúan los casos en los que el transportista demuestre que la cancelación o el retraso se debe a condiciones meteorológicas extremas o a grandes catástrofes naturales que hacen peligrosa la seguridad del servicio de autobús

o autocar. La falta de ofrecimiento al viajero para que elija entre las opciones expuestas se penaliza con una indemnización que ascenderá al 50 por 100 del precio del billete, además del reembolso del precio del billete. En su caso, el pago del reembolso se habrá de efectuar en efectivo, a no ser que el viajero acepte otra forma de pago, en los 14 días siguientes al ofrecimiento o a la recepción de la solicitud. El pago cubrirá el coste total del billete, al precio que se haya pagado, de la parte o partes del viaje que no se hayan hecho y de la parte o partes ya realizadas si el viaje no sirve ya a los fines del plan de viaje original del viajero. Para los viajeros que estén en posesión de pases de viaje o de abonos de temporada, el pago será equivalente a la parte proporcional del coste completo del pase o abono.

En caso de avería del autobús o autocar durante el viaje, el transportista facilitará bien la continuación del servicio con otro vehículo desde el punto en que se encuentre el vehículo averiado, o bien transporte desde el punto en que se encuentre el vehículo averiado hasta un punto de espera o una estación adecuados desde donde sea posible la continuación del viaje.

Además, para los viajes de duración superior a tres horas, se prevé una obligación de asistencia al viajero en caso de cancelación o retraso en la salida de más de noventa minutos, que consistirá en el ofrecimiento de comidas o refrigerios en proporción razonable al retraso, siempre que puedan razonablemente proveerse; alojamiento, y traslados al mismo, pudiendo limitar el transportista a 80 euros por noche y por viajero, por un máximo de dos noches, el coste total del alojamiento. En caso de que los transportistas incumplan su obligación de prestar a los viajeros la asistencia necesaria, éstos tienen derecho a una compensación económica.

3.2.B.d. Cuestiones procesales

En el ámbito nacional, en esta materia hay que destacar el posible sometimiento automático a arbitraje recogido en el artículo 38.1 de la LOTT, tras su modificación por la Ley 9/2013. Así, dispone que corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervenientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento, presumiendo que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervenientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inició o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratados⁵². Por otro lado, el artículo 14 TRLSCSVM prevé la posibilidad de

⁵² Al respecto, Vid. SÁNCHEZ GAMBORINO, F.M., «Juntas Arbitrales de Transporte. Actividades de mediación», en AA.VV., *Manual de Derecho del transporte*, dir. por MARTÍNEZ SANZ, F., Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 249 a 266; RODRIGUEZ SÁNCHEZ, S., *Las juntas arbitrales de transporte: constitución y funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, F., «Las Juntas Arbitrales del transporte», *Actualidad jurídica del transporte por carretera: In memoriam F.M. Sánchez*

sometimiento de las controversias relacionadas con la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación al procedimiento de mediación previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. En caso de no sometimiento a arbitraje o mediación, la competencia corresponde a los juzgados de lo mercantil, en virtud de lo previsto en el artículo 86 *ter* Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, que les atribuye el conocimiento de las cuestiones del orden jurisdiccional civil, respecto de las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.

Respecto a la prescripción de las acciones de reclamación de la responsabilidad derivada de daños a las personas o a sus equipajes, hay que estar al régimen general de prescripción previsto en el *Código Civil*: un año para la responsabilidad extracontractual (art. 1.968.2º) y cinco para la responsabilidad por incumplimiento contractual, plazo que debe de computarse desde la fecha en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación (art. 1.964).

Para determinar la competencia judicial en los supuestos de transporte transfronterizo o con elementos de extranjería, hay que estar a lo preceptuado en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (RBI *bis*). Descartada la aplicación para los contratos de transporte de los foros de competencia judicial internacional de protección, relativos a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores (art. 17.3 Reglamento núm. 1215/2012), ante una controversia en materia de transporte internacional de viajeros por carretera, siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación del RBI *bis*, salvo pacto en contrario, el demandante podrá interponer acción ante el tribunal del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan o deban ser prestados los servicios de transporte (art. 7.º.1.b Reglamento núm. 1215/2012). Es decir, el demandante podrá elegir interponer la acción ante el lugar de origen o el lugar de destino del transporte internacional de viajeros por carretera o en el lugar del domicilio

Gamborino, 2005, págs. 93 a 104; GUILLÉN CARAMÉS, J., «El arbitraje de consumo como mecanismo de protección de los usuarios de transportes terrestres», en AA.VV., *Derecho público del transporte en la ciudad: renovación y nuevas perspectivas de la movilidad urbana*, dir. CARBONELL PORRAS, E. - CANO CAMPOS, T., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2009, págs. 99 a 130; GUILLÉN CARAMÉS, J., «Los derechos de los usuarios de transportes terrestres por carretera y ferrocarril», op. cit., págs. 54 a 57 y 92 a 104; ESTANCONA PÉREZ, A.A., op. cit., págs. 100 a 108; CASCALES MORENO, F.J., «Arbitraje y conciliación en el transporte terrestre: las Juntas de Detasas, las Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre y las Juntas Arbitrales del Transporte», *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 1 (Enero-Marzo), 2020; CARBONELL PORRAS, E. - VÁZQUEZ RUANO, T. - MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., «La resolución extrajudicial de conflictos en el transporte: las Juntas Arbitrales de Transporte», en AA.VV., *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, dir. por PETIT LAVALL, M.V. – PUETZ, A., Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 49 a 66; BADA DE COMINGES, M., «Las juntas arbitrales de transporte», en AA.VV., *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, op. cit., págs. 985 a 1006; GUEDEA MARTÍN, M., «Los arbitrajes especiales en nuestro ordenamiento jurídico: estudio específico de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres», en AA.VV., *El derecho de los transportes terrestres*, coord. por BERMEJO VERA, J., 1999, págs. 211 a 238; GUTIÉRREZ SANZ, M.ª R., «Transporte terrestre de viajeros y resolución extrajudicial de conflictos», en AA.VV., *El contrato de transporte de viajeros, nuevas perspectivas*, op. cit., págs. 175 a 226.

del demandado (arts. 4.^º1 y 5.^º1 Reglamento núm. 1215/2012).

En cuanto a la ley aplicable, y al margen de la invocación específica por el Reglamento (UE) núm. 181/2011 de los derechos nacionales de los viajeros para determinar los *quantums* indemnizatorios en distintos supuestos de responsabilidad del porteador, hay que distinguir entre el transporte internacional y el de cabotaje. Respecto al contrato de transporte internacional de pasajeros, dispone específicamente el artículo 5.^º2 Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma I), que, en defecto de elección por las partes de la ley aplicable⁵³, el contrato se regirá por la ley del país donde el viajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual. Sin embargo, para el transporte de cabotaje hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 Reglamento (CE) núm. 1073/2009, que reclama como normas aplicables al transporte de cabotaje las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en el Estado miembro de acogida, en lo que se refiere a las condiciones que rigen el contrato de transporte, entre otros ámbitos⁵⁴.

4. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Comentario a la Ley de Transporte Terrestre*, dir. por DUQUE DOMÍNGUEZ, J. —MARTÍNEZ SANZ, F., y c168europe por EMPARANZA SOBEJANO, A — PETIT LAVALL, M.^a V., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, c168europe por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi Thomson Reuters , 2.^a ed., Cizur Menor, 2015.

⁵³ No obstante, existen igualmente restricciones relativas a los puntos de conexión que deben de respetar las partes en su elección de la ley aplicable al contrato de transporte de viajeros por carretera. En efecto, el artículo 5.2, párrafo segundo, del Reglamento Roma I, únicamente permite a las partes elegir como ley aplicable alguna de las siguientes: a) la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual; b) la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual; c) la ley del país donde el transportista tenga el lugar de su administración central; d) la ley del país donde se encuentre el lugar de origen; y, e) la ley del país donde se encuentre el lugar de destino. Como destaca la doctrina, dichos puntos de conexión son los más habituales para su elección por las partes de la relación contractual; vid., al respecto, LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol.1, núm. 2, págs. 171 a 178.

⁵⁴ Para mayor amplitud, BELINTXON MARTIN, U., «Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, núm. 1 (2016), págs. 25 a 35; BELINTXON MARTIN, U., «La calificación del transporte de cabotaje como transporte internacional en el Derecho del transporte por carretera: el elemento de la internacionalidad», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 16 (2015), págs. 141 a 166.

AA.VV., *El contrato de transporte de viajeros, nuevas perspectivas*, dir. por ZUBIRI SALINAS, M., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

AA.VV., *La nueva ordenación del mercado de transporte*, dir. por RECALDE CASTELLS, A.- MARTÍNEZ SANZ, F. --PETIT LAVALL, M.^a V., coord. por PUETZ, A., Marcial Pons, Madrid, 2013.

AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, dir. por ORTI VALLEJO A. --GARCÍA GARNICA, M.C., coord. por ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

AA.VV., *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, dir. por MENÉNDEZ GARCÍA, P., T. II, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2014.

AAVV, *Manual de Derecho del Transporte*, dir. por MARTÍNEZ SANZ, F. y coord. por PUETZ, A., Marcial Pons, Barcelona, 2010.

AGOUÉS MENDIZABAL, C., «La intervención administrativa en el transporte de viajeros por carretera», *Revista del Derecho del Transporte* núm. 7 (2015), págs. 74 a 82.

ARIAS VARONA, F.J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa de la pérdida de los beneficios de la limitación de responsabilidad», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), págs. 283 a 302.

BADA DE COMINGES, M., «Las juntas arbitrales de transporte», en AA.VV., *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, dir. por MENÉNDEZ GARCÍA, P., T. II, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2014, págs. 985 a 1006.

BADILLO ARIAS, J.A., *La conceptualización del hecho de la circulación en la responsabilidad civil automovilística y el seguro*, Getafe, 2015, tesis doctoral en abierto en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21597/Jose_Bardillo_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

BELINTXON MARTIN, U., «Derecho internacional privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, núm. 1, págs. 17 a 35.

BELINTXON MARTIN, U., «La calificación del transporte de cabotaje como transporte internacional en el Derecho del transporte por carretera: el elemento de la internacionalidad», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 16 (2015), págs. 141 a 166.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014, págs. 50 a 74.

BLANQUER CRIADO, D.V., «El transporte de viajeros por carretera: servicio económico de interés general y libertad de empresa; las obligaciones de servicio público», en AA.VV., *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, dir. por MENÉNDEZ GARCÍA, P., T. I, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2014, págs. 691 a 750.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

CARBONELL PORRAS, E. --VÁZQUEZ RUANO, T. --MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., «La resolución extrajudicial de conflictos en el transporte: las Juntas Arbitrales de Transporte», en AA.VV., *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, dir. por PETIT LAVALL, M.V. – PUETZ, A., Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 49 a 66.

CARBONELL PORRAS, E., *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, 1993.

CASCALES MORENO, F.J., «Arbitraje y conciliación en el transporte terrestre: las Juntas de Detasas, las Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre y las Juntas Arbitrales del Transporte», *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 1 (enero-marzo) 2020.

CONTRERAS DELGADO DE COS, J. M. --SILOS RIBAS, M. --SOBRINO RUIZ, M., “Capítulo duodécimo. La economía colaborativa en los sectores regulados (III). Transporte de viajeros”, en AA.VV., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, dir. por ALFONSO SÁNCHEZ, R. --VALERO TORRIJOS, J. Cizur Menor, 2017, págs. 309 a 335.

DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional de mercancías», en AA.VV., *Derecho mercantil*, Vol. 8º (*Transportes mercantiles*), coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. --DÍAZ MORENO, A., Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 245 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 366 y 367.

ESTANCONA PÉREZ, A.A., *Transporte Terrestre de pasajeros. Contratación, responsabilidad y seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

FINCK, M. (2018). «Distinguishing internet platforms from transport services: Elite Taxi v. Uber Spain», *Common Market Law Review*, Vol. 55, núm. 5, págs. 1619 a 1640.

GABALDÓN GARCÍA, J.L., «Intermediarios del transporte y porteadores contractuales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238, 2000, págs. 1723 a 1747.

GABALDÓN GARCÍA, J.L., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, 2003.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Los Derechos de los Viajeros en la Unión Europea: A propósito de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 19 de diciembre de 2011», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, núm. 2, págs. 284 a 299.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El hecho de la circulación en la responsabilidad civil automovilística», en AA.VV., *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, coord. por ATAZ LÓPEZ, J. —COBACHO GÓMEZ, J.A., Aranzadi Thomson Reuters, Vol. 2, 2021, págs. 873 a 968.

GLEAVE, S.D., *Evaluation of Regulation 1371/2007. Final Report*, European Commission DG MOVE, 2012.

GORRIZ LÓPEZ, C., “Taxi vs Uber: De la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 311, 2019, págs. 241 y ss.

GORRIZ LÓPEZ, C., «Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 16 (2015), págs. 77 a 98.

GORRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001.

GUEDEA MARTÍN, M., «Los arbitrajes especiales en nuestro ordenamiento jurídico: estudio específico de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres», en AA.VV., *El derecho de los transportes terrestres*, coord. por BERMEJO VERA, J., 1999, págs. 211 a 238.

GUILLÉN CARAMÉS, J., «Los derechos de los usuarios de transportes terrestres por carretera y ferrocarril», en AA.VV., *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, T. II, dir. por MENÉNDEZ GARCÍA, P., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2014, págs. 38 a 42.

GUILLÉN CARAMÉS, J., «El arbitraje de consumo como mecanismo de protección de los usuarios de transportes terrestres», en AA.VV., *Derecho público del transporte en la ciudad: renovación y nuevas perspectivas de la movilidad urbana*, dir. CARBONELL PORRAS, E. —CANO CAMPOS, T., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2009, págs. 99 a 130.

GUILLÉN NAVARRO, N.A., «El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, núm. 9, 2018, págs. 128 a 147.

GULLÓN, A., *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969.

GUTIÉRREZ SANZ, M.^a R., «Transporte terrestre de viajeros y resolución extrajudicial de conflictos», en AA.VV., *El contrato de transporte de viajeros, nuevas perspectivas*, dir. por ZUBIRI SALINAS, M., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 175 a 226.

HERNÁNDEZ BAREA, H., «Concurrencia de culpas: moderación de indemnizaciones», *Cuadernos de derecho judicial*, Ejemplar dedicado a Derecho de seguros, III, dir. por ARROYO FIESTAS, F.J., núm. 12, 1997, págs. 109 a 238.

HERNÁNDEZ CUETO, C., «El uso de baremos en la valoración de daños personales. La reforma del baremo de tráfico», *Cuadernos médicos forense*, Vol. 20, núm. 4, 2014, http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062014000300001.

HOLGADO, J., «El nuevo baremo les vuelve locos», *Capital Madrid*, 15 de julio de 2014, <https://www.capitalmadrid.com/2014/7/15/34532/el-nuevo-baremo-les-vuelve-locos.html>;

HUALDE MANSO, M^a T., *El transporte de viajeros por carretera: régimen de responsabilidad civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1996.

Informe «Observatorio del transporte de viajeros por carretera. Contratos de Gestión de la Administración General del Estado (noviembre 2020)» en https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/comodin/recursos/observatorio_2019.pdf.

Informe «*Observatorio del transporte de viajeros por carretera. Oferta y demanda* (enero 2021)» en https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/comodin/recursos/observatorio_viajes_-_oferta_y_demandas_enero_2021.pdf

JIMÉNEZ HORWITZ, M., «Los riesgos a cargo del perjudicado», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, dir. por ORTI VALLEJO A. --GARCÍA GARNICA, M.C., coord. por ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015, págs. 131 a 177.

JORDANO FRAGA, J. «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 7 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. 1.^º, Barcelona, 1985.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol.1, núm. 2, págs. 171 a 178.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., «La responsabilidad en el transporte de personas y de mercancías», en AA.VV., *Practicum daños 2015*, coord. por SOLER PRESAS, A. —DEL OLMO GARCÍA, P., Pamplona, 2014, págs. 591 y ss.

LOBATO GÓMEZ, J.M., «Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 651 y ss.

LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “La consideración jurídica del servicio prestado por la plataforma Uber a la luz de la Jurisprudencia del TJUE”, en AA.VV., *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: Perspectivas general y sectoriales*, dir. por RUBIO GIMENO, G. —ORTÍ VALLEJO, A., Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 325 y ss.

LÓPEZ ORTEGA, R., «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 321, 2021.

LÓPEZ QUIROGA, J., «Transporte de viajeros por carretera», en AAVV, *Manual de Derecho del Transporte*, dir. por MARTÍNEZ SANZ, F. y coord. por PUETZ, A., MARCIAL Pons, Barcelona, 2010, págs. 419 y ss.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «Comentario a la Sentencia 27/2011, de 19 de septiembre», en <https://www-tirantonline.com.bibezproxy.uca.es/tol/documento/show/2245397?index=27&searchtype=substring&.>

MAGRO SERVET, V., «Moderación de la indemnización en accidentes de tráfico por concurrencia de la culpa de la víctima o perjudicado», *Tráfico y seguridad vial*, núm. 89, 2006, págs. 5 a 14.

MAMBRILLA RIVERA, V., «La política europea de transportes (Hacia el establecimiento de un “Espacio Único Europeo del Transporte”)», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9 (2012), págs. 37 a 84.

MAMBRILLA RIVERA, V., «La protección de los derechos de los pasajeros en la Unión Europea», en AA.VV., *La nueva ordenación del mercado de transporte*, dir. por

RECALDE CASTELLS, A.- MARTÍNEZ SANZ, F. --PETIT LAVALL, M.^a V., coord. por PUETZ, A, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 887 a 910.

MARTÍN-CASALS M., «A través del espejo: concurrencia de "ulpa" de la víctima y culpa del causante del daño», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Vol. 2.^o, Civitas, Madrid, 2002, págs. 2471 a 2490.

MEDINA CRESPO, M., *El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo Baremo de Tráfico*, Bosch, Madrid, 2015.

MENÉNDEZ, A, «El contrato de pasaje marítimo», en AA.VV., *Centenario de la Ley de Notariado*, Vol. 4, Madrid, 1963, pág. 286.

MONTERROSO CASADO, E., *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La Concurrencia de Causas*, Aranzadi, Navarra, 2009.

MONTÉS PENADÉS, V.L., «Casualidad, imputación objetiva y culpa en la "oncurrencia de culpas"», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Vol. 2, Civitas, Madrid, 2002, págs. 2591 a 2628.

OLMEDO PERALTA, E., *Régimen jurídico del transporte marítimo de pasajeros. Contratos de pasaje y crucero*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

PACHECO CAÑETE, M., «Cuestiones de actualidad sobre la responsabilidad del transportista marítimo por daños a los pasajeros», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9.^o (2012), págs. 97 y 98.

PARRA LUCÁN, M.^a, “Daños causados por otros bienes o servicios”, en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi Thomson Reuters , 2.^a ed., Cizur Menor, 2015, págs. 2067 a 2126.

PARRA LUCÁN, M.^a, “Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi Thomson Reuters , 2.^a ed., Cizur Menor, 2015, págs. 1843 a 1928.

PARRA LUCÁN, M.^a, «Responsabilidad civil por bienes y servicios en el Texto Refundido de la Ley general de la defensa de los consumidores y usuarios», en *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 69, 2009, págs. 5 a 23.

PASQUAU LIAÑO, M., «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, dir. por ORTI VALLEJO A. —GARCÍA GARNICA, M.C., coord. por ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015, págs. 59 a 102.

PAZOS CASTRO, R., «Uber, Airbnb y la llamada “influencia decisiva” de las plataformas digitales», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, págs. 1 a 14.

PEINADO, J.I., «El Contrato de Transporte Terrestre (I). El transporte de mercancías y viajeros por carretera», en AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. por MENÉNDEZ, A. — ROJO, A., Civitas, Pamplona, 2019, pág. 172.

PILOÑETA ALONSO, L. M., «El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido», en AA.VV., *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, T. II, dir. por MENÉNDEZ GARCÍA, P., T. II, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2014, págs. 855 a 871.

PILOÑETA ALONSO, L. M., «El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, 2006, págs. 1401 a 1438.

PULIDO BEGINES, J.L., «El concepto de porteador y la dualidad porteador contractual-porteador sustituto en las CIM-1999», *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 264-265, 2007, págs. 533 a 598.

PULIDO BEGINES, J.L., *El concepto de porteador efectivo en el Derecho uniforme del transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

QUINTANA CARLO, I., «Hacia una regulación unitaria del transporte de personas», en AA.VV., *El contrato de transporte de viajeros, nuevas perspectivas*, dir. por ZUBIRI SALINAS, M., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 21 a 45.

QUINTANA CARLO, I., «La regulación del transporte terrestre de viajeros y la desidia del legislador español», *Revista del Derecho del Transporte* núm. 16 (2015), págs. 11 a 29.

RAMOS HERRANZ, I., «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LIX-1, Enero 2006, págs. 195 a 225.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 1995.

REGLERO CAMPOS, F., «Los seguros de responsabilidad civil y accidentes», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, dir. por ORTI VALLEJO A. --GARCÍA GARNICA, M.C., coord. por ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015, págs. 146 a 166.

REGLERO CAMPOS, L.F. – PEÑA LÓPEZ, F., , «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, L.F.- BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2014, págs. 767 a 970.

RODRÍGUEZ MARÍN, S. «Aspectos jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales», en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, coord. por RODRÍGUEZ MARÍN, S. --MUÑOZ GARCÍA, A., Bosch, Las Rozas (Madrid), 2018, págs. 43 a 76.

RODRIGUEZ SÁNCHEZ, S., *Las juntas arbitrales de transporte: constitución y funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «La indemnización al viajero por causa de los daños personales en los servicios de transporte por carretera y ferrocarril», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 35, 2014, págs. 239 a 273.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «La institución del seguro como sistema de protección al viajero por los daños personales causados en el contrato de transporte por carretera», en AA.VV., *La nueva ordenación del mercado de transporte*, , dir. por RECALDE CASTELLS, A.- MARTÍNEZ SANZ, F. -- PETIT LAVALL, M.^a V., coord. por PUETZ, A, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 777 a 781.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «La responsabilidad civil por servicios de transporte terrestre que afectan a la seguridad de las personas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 259, 2006, págs. 55 a 114.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «Responsabilidad civil por daños personales a los viajeros en los servicios de transporte por carretera», *Diario La Ley*, núm. 7825, 2012.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «Transporte Terrestre», en AA.VV., *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, dir. por ORTI VALLEJO A. --GARCÍA GARNICA,

M.C., coord. por ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015, págs. 383 a 399.

ROMERO COLOMA, A.M., «Accidentes de tráfico: los supuestos de culpa exclusiva de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 10, 1998, págs. 528 a 533.

ROMERO MATUTE, B., «Régimen jurídico privado del contrato de transporte de viajeros por ferrocarril», *Revista de derecho del transporte*, núm. 18 (2016), págs. 11 a 62.

ROZO SORDINI, P.E, «Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y los abogados en el derecho italiano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 1999, págs. 139 a 142.

RUDA GONZÁLEZ, A. «Responsabilidad por hechos ajenos en la economía colaborativa. El caso de UBER», en AA.VV., *Collaborative Economy. Challenges & Opportunities*, coord. por BALCELLS, J., Huygens Editorial Barcelona, 2018, págs. 424 a 440.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. —SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

SÁNCHEZ GAMBORINO, F.M., «Juntas Arbitrales de Transporte. Actividades de mediación», en AA.VV., *Manual de Derecho del transporte*, dir. por MARTÍNEZ SANZ, F., Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 249 a 266.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, F., «Las Juntas Arbitrales del transporte», *Actualidad jurídica del transporte por carretera: In memoriam F.M. Sánchez Gambarino*, 2005, págs. 93 a 104.

SOTO NIETO, F., «La llamada compensación de culpas», *Revista de Derecho Privado*, núm. 52, 1968, págs. 409 a 427.

TOURIÑO, A., «Régimen de responsabilidad de las plataformas que operan en el ámbito de la economía colaborativa», en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, coord. por RODRÍGUEZ MARÍN, S. —MUÑOZ GARCÍA, A., Bosch, Las Rozas (Madrid), 2018, págs. 77 a 101.

TULLIO, L., «La obligación de protección en el transporte marítimo y aéreo», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 11 (2013), págs. 11 a 27.

URÍA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Transporte terrestre de mercancías y viajeros por carretera”, en AA.VV., *Derecho de la Regulación Económica: VI. Transportes*, 1^a edición, Madrid, Iustel, 2009, págs. 81 y ss.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Régimen jurídico del transporte terrestre de mercancías y viajeros por carretera», en AA.VV., *Derecho de la regulación económica*, dir. por MUÑOZ MACHADO, S., Vol. 6, 2010 (Transportes), págs. 11 a 308.

ZUBIRI DE SALINAS, M., «La responsabilidad del transportista de personas en los Reglamentos Comunitarios relativos al transporte aéreo, ferroviario y marítimo», *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 4 (2010), págs. 67 a 100.

ANÁLISIS

Una parada en el camino: Estrategia de prevención secundaria de la trata en Andalucía*

A stop along the way: Secondary prevention strategy of trafficking in Andalucía

ELISA GARCÍA ESPAÑA

Universidad de Málaga (España)

 <https://orcid.org/0000-0002-3224-6932>

JACQUELINE CARVALHO DA SILVA

Universidad de Málaga (España)

 <https://orcid.org/0000-0002-8875-6050>

ELENA CASADO PATRICIO

Universidad de Málaga (España)

elenacasado@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0002-3299-0913>

BERTHA PRADO MANRIQUE

Universidad de Málaga (España)

 <https://orcid.org/0000-0001-6970-7280>

Recepción: 31/03/2021

Aceptación: 21/09/2021

Cómo citar este trabajo: GARCÍA ESPAÑA, Elisa, CARVALHO DA SILVA, Jacqueline, CASADO PATRICIO, Elena, PRADO MANRIQUE, Bertha, “Una parada en el camino: Estrategia secundaria de prevención de la trata en Andalucía”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 181-210, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.07>

* Este trabajo es fruto de los resultados del Proyecto “Víctimas desprotegidas e invisibles: Valoración de nuevas fórmulas de protección de mujeres y menores inmigrantes víctimas”, financiado por el Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 (UMA18-FEDERJA-038), siendo la IP Elisa García España.

Resumen: La frontera sur de España es una de las principales puertas de entrada a Europa para la inmigración irregular por mar. Entre las personas que llegan por vía marítima, las mujeres subsaharianas embarazadas y / o acompañadas de niños, niñas o adolescentes plantean un desafío especial a las autoridades encargadas de la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual, así como para la protección de los menores en movimiento. La Fiscalía General del Estado o la Defensoría del Pueblo en España han denunciado el riesgo que corren estas mujeres de ser explotadas en su tránsito por Europa. El programa ÖDOS es un programa pionero y especializado de primera acogida y acompañamiento de estas familias migrantes para dar respuesta a una necesidad imperiosa e invisible de protección y prevención de la victimización con enfoque de género e infancia. Este artículo presenta los resultados de la evaluación externa de los dos primeros años del programa ÖDOS (2018 y 2019). Se enfoca en la valoración de su eficacia. Los resultados muestran que el programa ÖDOS es una iniciativa necesaria para la prevención secundaria de la trata y para la protección de la infancia en movimiento, aunque la continuidad del trayecto migratorio hacia Francia de la mayoría de las mujeres atendidas apunta a un gran desafío: la necesidad de estrategias internacionales de seguimiento para una efectiva protección de estas mujeres y menores.

***Abstract:** Spanish southern border is one of the main gateways to Europe for irregular immigration by sea. Among those who arrive, sub-Saharan women who are pregnant and / or accompanied by children or adolescents pose a special challenge to the authorities in charge of the fight against trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation, as well as for the protection of minors on the move. The Office of the Attorney General of the State or the Ombudsman's Office in Spain have denounced the risk that these women run of being exploited in their transit through Europe. The ÖDOS program is a pioneer and specialized program for the first reception and accompaniment of these migrant families to respond to an urgent and invisible need for protection and prevention of victimization with a gender and childhood approach. This article presents the results of the external evaluation of the first two years of the ÖDOS program (2018 and 2019). It focuses on evaluating its effectiveness. The results show that the ÖDOS program is a necessary initiative for the secondary prevention of trafficking and for the protection of children on the move, although the continuity of the migratory path towards France of most of the women attended points to a great challenge: the need for international follow-up strategies for effective protection of these women and minors.*

Palabras claves: mujeres migrantes, infancia, protección, prevención, víctimas, trata.

Keywords: migrant women, childhood, protection, prevention, victim trafficking.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ENFOQUE Y OBJETIVO DE LA EVALUACIÓN. 3. METODOLOGÍA. 4. RESULTADOS SOBRE LA EFICACIA DEL PROGRAMA. 4.1. Alcance del programa y perfil de la población diana. 4.2. Eficacia según los objetivos del programa. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las mujeres subsaharianas acompañadas de niños, niñas y/o adolescentes (NNA), y/o embarazadas que llegan a España en patera suponen un desafío para las políticas públicas encargadas de la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, así como para las de protección de menores. Instituciones públicas como la Fiscalía General del Estado o el Defensor del Pueblo alertan sobre el riesgo que corren estas personas de ser explotadas en su tránsito por Europa¹. Tras la llegada a las costas andaluzas, al no ser percibido por las autoridades concernidas el riesgo de explotación sexual o laboral posterior, aquellas y los NNA son derivados a recursos de asistencia humanitaria, de donde en muchos casos huyen, posiblemente engañadas o amenazadas por sus tratantes².

El programa ÖDOS se planteó precisamente como un recurso especializado para dar respuesta a esta apremiante e invisible necesidad en Andalucía. ÖDOS es un programa pionero de atención integral a esas mujeres y NNA a su cargo que se encuentran en una situación de riesgo victimológico. Este riesgo puede producirse, bien porque posiblemente hayan realizado el trayecto a través de redes de trata de seres humanos, sabiéndolo o no, o bien porque corran un grave riesgo de que su única salida de supervivencia en Europa sea a través de contextos irregulares que conducen, con cierta frecuencia, a entornos de prostitución forzada y de explotación laboral.

ÖDOS se diseñó con una serie de recursos técnicos y humanos que se orientan al restablecimiento, recuperación y protección de estas mujeres y de los NNA a su cargo por medio de una atención experta durante la primera acogida tras su llegada a costas y ofreciendo posteriormente una alternativa de vida segura, así como posibilidades de inclusión social en España. Estos objetivos se abordan desde un triple enfoque: de género, de infancia y de derechos humanos. Para ello, el programa cuenta con un tejido de apoyo (Red ÖDOS³) compuesto por diversas entidades españolas y extranjeras (de Marruecos y Francia), entre las que se encuentran universidades, congregaciones religiosas, asociaciones sin ánimo de lucro e instituciones jurídicas, además de agentes clave como la policía nacional, el ayuntamiento de Montilla o la fiscalía de Córdoba.

El organigrama del programa ÖDOS se centraliza en un *grupo motor* compuesto inicialmente por cuatro especialistas en género, infancia y derechos humanos y con experiencia en intervención. El grupo motor diseñó el programa en 2017, puso en marcha

¹ DEFENSOR DEL PUEBLO (2012). *Informe anual DEFENSOR DEL PUEBLO Informe Anual a las Cortes Generales 2012*; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2019) *Memoria año fiscal 2019*. Ministerio Fiscal.

² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2014) *Memoria año fiscal 2014*. Ministerio Fiscal.

³ La red ÖDOS se compone de las siguientes instituciones públicas y privadas: Servicio Jesuita a Migrantes, Asociación Claver, Esclavas (España y Francia), Hospitalarias, Delegación diocesana de migraciones de Nador (Marruecos), Fundación Yedra, Caritas, Asociación Caribú, Fundación Ellacuría de Bilbao, Ayuntamiento de Montilla, Fundación Etea-Loyola, Fundación Abogacía española, la Merced Migraciones, Universidad de Loyola, Fundación Abogado Uría y Fiscalía de Córdoba.

el recurso residencial de primera acogida (fase I) y consiguió adherir al programa a todas las entidades que conforman la Red ÖDOS y a los agentes clave (Policía Nacional, ACNUR, ACCEM, OIM y Ayuntamiento de San Sebastián).

El programa ÖDOS se estructura en dos fases: la primera (fase I) es un recurso residencial, conocido como La Muela, para las mujeres y NNA a su cargo por un tiempo de entre 3 y 6 meses, gestionado por la Fundación Emet-Arcoiris en Montilla, Córdoba. En este recurso hay una dirección, una trabajadora social, una psicóloga y ocho educadoras, además de monitores. Aunque esta fase se puso en marcha gracias a la financiación privada, desde el inicio buscaba constituirse en una política pública. De hecho, dos años después de su implementación esta primera fase ya cuenta con algunas plazas financiadas con fondos públicos de ayuda humanitaria.

La segunda fase está integrada por entidades que componen la Red ÖDOS. Estas se comprometen a seguir acompañando y ofreciendo alternativas de inclusión a las mujeres y NNA en España tras su salida del recurso residencial en fase I, con una duración indefinida y adaptada a los procesos inclusivos de cada caso.

En el esbozo inicial del programa ÖDOS se incluyó la realización de una evaluación externa con el propósito de mejorar la ejecución del programa, ya que de esta depende que los resultados alcanzados sean eficaces y eficientes. En este artículo se presentan los resultados más destacables de la evaluación externa de los dos primeros años de ejecución del programa ÖDOS enfocados en la valoración de su eficacia.

2. ENFOQUE Y OBJETIVO DE LA EVALUACIÓN

Una evaluación de programas consiste en conocer el funcionamiento de una determinada intervención, mediante la aplicación de métodos de investigación social, con el objetivo de alcanzar un juicio valorativo sobre su utilidad lo más exacto y sistemático posible⁴. Entre las diferentes funciones que puede desempeñar una evaluación de programas⁵ esta adoptó la de perfeccionamiento o mejora (*improvement*). En este caso la evaluación se constituye como una herramienta metodológica que permite la retroalimentación y el aprendizaje desde la propia práctica. En este sentido, la evaluación resulta imprescindible como garante de la calidad.

Con la evaluación de un programa se obtienen datos e información empírica a partir de las cuales es posible tomar decisiones sobre la mejora de la orientación del programa (pertinencia), su puesta en marcha (implementación) y los resultados conseguidos (eficacia). Con la evaluación se trata de demostrar si el programa es útil y necesario para

⁴ CHELIMSKY, E. [ed.] (1985) *Program Evaluation: Patterns and Directions*. Washington, DC: ASPA PAR Classics VI; WEISS, C. H. (1998). *Evaluation. Methods for Studying Programs and Policies. Second Edition*. Prentice Hall; ROSSI, P.H. & FREEMAN H.E. (1989). *Evaluación. Un enfoque sistemático para programas sociales*. Traducción de la 2 ed. en inglés. Trillas.

⁵ STUFFEBEAM, D. & SHINKFIELD, A. (1987). *Evaluación sistemática: guía, teoría y práctica*. Barcelona. Paidos. taking [Versión electrónica]. *Journal of Educational Psychology*, 95(2), 335-346.

la realidad en la que se interviene y si se ha ejecutado de manera satisfactoria. Además, se valora si se han conseguido los resultados esperados con eficiencia, y si se cumplen estándares de transparencia, lo que permite tomar decisiones sobre su continuidad o redefinir las estrategias a seguir⁶.

El objetivo de esta evaluación fue valorar las siguientes dimensiones del programa ÖDOS: pertinencia, implementación, eficacia, eficiencia, satisfacción y transparencia. El análisis de todas ellas permitió conocer detalladamente las bondades y mejoras del programa. Cada dimensión permite profundizar en apartados concretos, así como enfocar la valoración desde diferentes perspectivas. Todas ellas fueron evaluadas y presentadas en un informe de evaluación al grupo motor, agentes clave y miembros del programa⁷. Nos enfocaremos aquí en la dimensión eficacia para presentar y debatir los resultados conseguidos por el programa durante sus dos primeros años de puesta en marcha.

El criterio de eficacia mide el grado en que se han alcanzado los objetivos establecidos en el programa⁸. A partir de la evaluación de esta dimensión se podrán valorar los resultados inmediatos (a corto plazo) de la intervención. Para evaluar el impacto (a largo plazo) sería necesario incluir el factor tiempo y evaluar algunos años más tarde qué influencia tiene en la vida de las mujeres y NNA la experiencia de pasar por el programa. En esta ocasión, el objetivo de esta propuesta de evaluación se centra solo en los resultados y no en el impacto, ya que el programa se evaluó tras dos años de su puesta en marcha, lo que constituye una limitación temporal para analizar dicho aspecto.

3. METODOLOGÍA

Para evaluar la eficacia del programa se utilizó la metodología propia de la investigación social. Además, se optó por un enfoque participativo y formativo ya que se pretendía en todo momento el perfeccionamiento y mejora del programa. Por ello, el personal de intervención, formado por trabajadoras sociales, educadoras sociales y psicólogas, y dirección de La Muela, así como el grupo motor, participaron en la construcción de algunos de los indicadores de evaluación. Estos y representantes de la fase II también participaron en la interpretación de los resultados preliminares. Esta retroalimentación bidireccional entre el equipo evaluador, al presentar los datos, y los diferentes componentes del programa ÖDOS, al exponer sus impresiones e interpretaciones, resultó instructivo para ahondar en algunos aspectos mejorables del programa.

⁶ JUNTA DE ANDALUCÍA (2016). *La Evaluación de Políticas Públicas*. Instituto Andaluz de administración pública - Conserjería de hacienda y administración pública. Recuperado de: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/publico/anexos/evaluacion/EvaluacionPoliticasPublicas.pdf>

⁷ GARCÍA-ESPAÑA, E., CARVALHO DA SILVA, J. CASADO PATRICIO, E, y PRADO MANRIQUE, B. (2020). *Resumen ejecutivo: Evaluación Programa ÖDOS*.

⁸ AGENCIA DE EVALUACIÓN Y CALIDAD – AEVAL (2015). *Guía práctica para el diseño y la realización de evaluaciones de políticas públicas. Enfoque AEVAL*. Agencia de evaluación y calidad. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas

A continuación, se detallan los parámetros y técnicas utilizados:

El periodo de tiempo en el que se enmarcó la evaluación abarca los dos primeros años del programa, esto es, desde sus inicios en marzo de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2020. Este marco temporal comprende la fase piloto del programa y permite observar la tendencia de la intervención y sus resultados.

El universo poblacional de la evaluación son todas las mujeres y NNA que han pasado por el recurso residencial La Muela (fase I). No obstante, la evaluación ha utilizado como muestra las mujeres y NNA atendidas desde el inicio del programa hasta el 30 de marzo de 2020. Se decidió hacer un corte seis meses antes de finalizar la evaluación (30 de septiembre de 2020) porque ello permitía incorporar aspectos relacionados con la derivación y el seguimiento de las familias que aún permanecían en La Muela a la fecha de corte, y completar así el ciclo de intervención.

Las técnicas de recogida de datos han sido tanto cuantitativas como cualitativas. La recogida de datos cuantitativos fue realizada por el personal del recurso residencial La Muela y el grupo motor del programa durante la atención directa con las mujeres y NNA. En una reunión de trabajo entre el equipo de intervención, el grupo motor y el equipo evaluador se elaboró una ficha de indicadores de evaluación que debía ser cumplimentada por las propias educadoras del programa para cada mujer y NNA en dos momentos diferentes: Uno, en el momento de la llegada de la mujer y NNA al recurso residencial La Muela (pre) y, otro, en el momento de la salida de la mujer de ese recurso (post). Algunas de estas cuestiones pre- y post- se basan en datos objetivos (enfermedades a la llegada y salida de la mujer, por ejemplo), pero otras se sustentan en percepciones del equipo de intervención de La Muela. A estas últimas también las dotamos de fiabilidad por varios motivos: En primer lugar, porque el foco de la respuesta estaba puesto en la mujer o en el/la NNA, aun cuando los resultados reflejan en buena medida el trabajo realizado por el equipo de intervención; y porque, como se podrá comprobar a lo largo del artículo, existen datos que no son satisfactorios, lo que prueba que las respuestas se trataron de dar con objetividad. Además, el equipo de evaluación y el grupo motor elaboraron una ficha de indicadores para identificar factores de incidencia jurídica. En este caso, los indicadores hacen referencia a las gestiones realizadas y a los resultados jurídicos alcanzados con las mujeres y NNA con los que se han intervenido.

La recogida de datos cualitativos se ha realizado, por una parte, a través del equipo de intervención al registrar de forma narrativa los acontecimientos de la intervención en la agenda diaria, en el plan de intervención integral (PII) y en documentos varios. El equipo de evaluación llevó a cabo un análisis documental de los registros de información de la fase I y realizó entrevistas estructuradas con el grupo motor, el personal del recurso residencial de fase I, la red y los agentes clave con la finalidad de indagar el grado de satisfacción con el programa, los nudos que estaban limitando la intervención en las fases I y II, y las posibles mejoras.

Las herramientas utilizadas en la fase I del programa ÖDOS para recoger información han sido múltiples y con diversa utilidad, como se detalla en la tabla 1.

Tabla 1. Resumen de las herramientas de recogida de datos y su utilidad

Herramienta	Utilidad
Agenda diaria (registro de la dinámica diaria de trabajo)	<ul style="list-style-type: none"> • Comunicación interna.
PII (registro individual mujeres y menores: datos personales y datos de la intervención individual)	<ul style="list-style-type: none"> • Consulta para intervención y acompañamiento (comunicación interna). • Fuente de datos para seguimiento, evaluación e investigación
Informe psicosocial (información consolidada al cierre de la intervención)	<ul style="list-style-type: none"> • Traslado de información para la derivación a la fase II.
Ficha de indicadores de evaluación (registro individual de mujeres y menores respecto a la evolución de su estado a la llegada y a la salida de la fase I)	<ul style="list-style-type: none"> • Fuente de datos para seguimiento, evaluación e investigación.
Documentos varios (cuadrante de entradas y salidas, cuadrante de seguimiento, informes jurídicos...)	<ul style="list-style-type: none"> • Fuente de datos seguimiento, evaluación e investigación.

Fuente: Base de datos ÖDOS en Google Drive y en la aplicación informática ÖDOS.

Algunos de esos instrumentos de recogida de información del programa fueron incorporados como fuente de datos para la evaluación. En la tabla 2 se expone el uso realizado de tales herramientas clasificadas según su utilidad en términos cuantitativos y cualitativos.

Los datos cuantitativos fueron introducidos de manera manual por el equipo de evaluación en una base de datos *ad hoc* creada en el software estadístico SPSS (*Statistical Package for the Social Sciences*), donde se han explotado a partir de diversas pruebas estadísticas como, por ejemplo, análisis descriptivos para conocer la media y los porcentajes de cada uno de los indicadores analizados, así como pruebas bivariantes o multivariantes, para comprobar con todo ello la calidad de la intervención. Concretamente, se realizó la prueba no paramétrica de Wilcoxon, que es un test para comparar el rango medio de las dos muestras relacionadas y determinar si existen diferencias entre ellas. También se han utilizado tablas de contingencia para analizar la relación entre dos o más variables.

Tabla 2. Fuente de datos utilizados en la evaluación del programa ÖDOS

Cuantitativos		Cualitativos			
Ficha indicadores de evaluación (n = 180)	Ficha indicadores jurídicos (n = 180)	APP (Mujeres = 85) (NNA = 95)		Documentos varios	Entrevistas (n = 44)
Mujeres (n = 85)	Mujeres (n = 85)	Agenda (n = 762)	PII (n = 85)	Cuadrante de entradas y salidas	Grupo motor (n = 3)
		Muestra (n = 154)	Entrevistas iniciales (n = 85)		Personal (n = 8) Expersonal (n=4)
NNA (n = 95)	NNA (n = 95)		Entrevistas finales (n = 40)	Casos de reagrupación de menores	Red (n = 22)
				Informes Fundación Uría	Agentes clave (n = 7)

Fuente: elaboración propia.

Las fuentes de datos cualitativas (agendas diarias, entrevistas iniciales y finales) fueron tratadas a partir de un análisis de contenido y temático⁹. Se utilizó el programa informático Atlas.ti, que permite realizar análisis cualitativos a través de la organización y codificación de la información, así como el establecimiento de relaciones, la identificación de patrones y la cuantificación de su frecuencia¹⁰. El proceso de análisis de las distintas fuentes cualitativas fue similar. En primer lugar, el equipo evaluador elaboró una lista de códigos que permitieron una primera aproximación a los datos. En segundo lugar, se organizó la información contenida en las fuentes y se clasificó según los códigos generales. Posteriormente, se realizó un segundo análisis sobre la información codificada con la intención de identificar características comunes que permitan asignar códigos más específicos. En tercer lugar, cuando fue posible, y con el objetivo de presentar los resultados obtenidos de manera más clara, se procedió a cuantificar la frecuencia de los códigos analizados, es decir, el número de veces que aparecían en las fuentes analizadas. Este ejercicio permitió identificar, por ejemplo, las rutas más utilizadas por las mujeres para llegar a España o las razones que las motivaron a emigrar, presentes en los PII.

⁹ VAISMORANDI, M., TURUNEN, H., & BONDAS, T. (2013). Content analysis and thematic analysis: Implications for conducting a qualitative descriptive study. *Nursing & Health Sciences*, 15, 398-405. <https://doi.org/10.1111/nhs.12048>

¹⁰ FRIESE, S. (2019). *Qualitative Data Analysis with ATLAS.ti* (3 edition). Sage.

La evaluación se ha encontrado con algunas limitaciones o dificultades metodológicas. Se analizaron los cuatro tipos de herramientas utilizadas por el equipo de intervención del programa ÖDOS, cada una de ellas con un formato diferente y cantidad de información distinta. Esta diversidad de las herramientas de recolección de datos dificultó el análisis, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, por la falta de registro de información. Durante el análisis de los datos se encontraron apartados incompletos o, incluso, sin ningún tipo de información. De hecho, el equipo evaluador tuvo que acudir a La Muela para recopilar datos ausentes de cada una de las 85 mujeres atendidas por el programa. En segundo lugar, por la falta de sistematización de la información, lo que obligó al equipo evaluador, nuevamente, a buscar y contrastar los datos requeridos para articular los resultados. Estas dificultades supusieron una carga de trabajo importante y, si bien no ha sido posible analizar toda la información registrada por el programa, esta denota un gran potencial de cara a su explotación analítica.

Con todo, se lograron realizar análisis cualitativos y cuantitativos de la información recogida en la entrevista inicial con la mujer y la ficha de indicadores de evaluación. Las entrevistas sirvieron para profundizar en el análisis de los datos. Una vez obtenidos los resultados preliminares de los análisis cuantitativos y cualitativos por parte del equipo evaluador, este reunió al equipo motor y al personal del recurso residencial La Muela para compartir los resultados y debatir su interpretación. En el intercambio de información, que se llevó a cabo durante toda una mañana, se completó de manera participativa la evaluación del programa y se ilustró sobre los puntos fuertes y débiles del mismo. Esta misma dinámica se realizó con los miembros de la fase II. Estas reuniones sirvieron como un espacio de formación y reflexión conjunta, contribuyendo a la evolución del programa.

4. RESULTADOS SOBRE LA EFICACIA DEL PROGRAMA

El programa ÖDOS pretendía alcanzar dos objetivos: (1) prevenir la trata con fines de explotación sexual de mujeres africanas llegadas a las costas andaluzas con NNA a su cargo; y (2) proteger a esa infancia acompañada en movilidad. Durante el desarrollo del programa, ÖDOS incorporó un nuevo objetivo al ir conociendo las características de las mujeres que atendían: (3) detectar vulnerabilidades susceptibles de protección internacional.

4.1. Alcance del programa y perfil de la población diana

La eficacia del programa según esos objetivos tiene que ver, en primer lugar, con el alcance que haya tenido sobre la población diana. El número de mujeres que llegan a las costas andaluzas víctimas o potenciales víctimas de trata es una cifra negra cuyo tamaño no se ha estimado. Oficialmente no se contabiliza el número total de mujeres africanas con NNA que llegan a las costas españolas. Una aproximación al número de ellas es a través del número de menores subsaharianos acompañados llegados a las costas en patera o embarcaciones similares. Este dato es registrado por el Ministerio del Interior en el Registro Central de Menores Extranjeros no Acompañados (RMENA). Según esos datos oficiales (Portal de transparencia, Ministerio del Interior), el programa ÖDOS ha alcanzado a una media de 10,3% de todos los menores subsaharianos acompañados llegados a

Andalucía entre mayo de 2018 y marzo de 2020. Solo en 2019 pudo desplegarse el programa durante los 12 meses, siendo este año la mejor referencia para conocer la cobertura del programa, aún incipiente, que alcanzó el 19,4% de los NNA acompañados.

La media de edad de las mujeres atendidas por el programa ÖDOS es de 27,7 años. La mayoría proviene de Costa de Marfil (54,1%) y Guinea Conakry (28,2%), dos de los países que empiezan a configurarse como el epicentro de las nuevas redes de trata¹¹. Según la Fiscalía General del Estado (2019), los casos registrados hasta 2017 de trata con fines de explotación sexual africana eran exclusivamente sobre mujeres nigerianas (n = 135) y marroquíes (n = 7); no obstante, a partir de ese año se incoaron casos referidos a trata procedente de Guinea Conakry (en 2017), de Guinea Ecuatorial y de Costa de Marfil (en 2018). En tal sentido, empieza a aflorar en la realidad judicial la victimización de mujeres explotadas sexualmente de otras procedencias diferentes a las nigerianas, que además coincide con el origen de las mujeres que han estado llegando a La Muela.

Tabla 3: Edad de las mujeres atendidas

18 a 20 años	8%
21 a 25 años	25%
26 a 30 años	36%
31 a 35 años	16%
36 a 40 años	11%
41 años o más	4%

Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

Tabla 4: País de procedencia de las mujeres atendidas

Marruecos	5,9%
Mali	2,4%
Guinea Conakry	28,1%
Costa del Marfil	54,1%
Togo	1,2%
Nigeria	1,2%
Camerún	5,9%
República democrática del Congo	1,2%

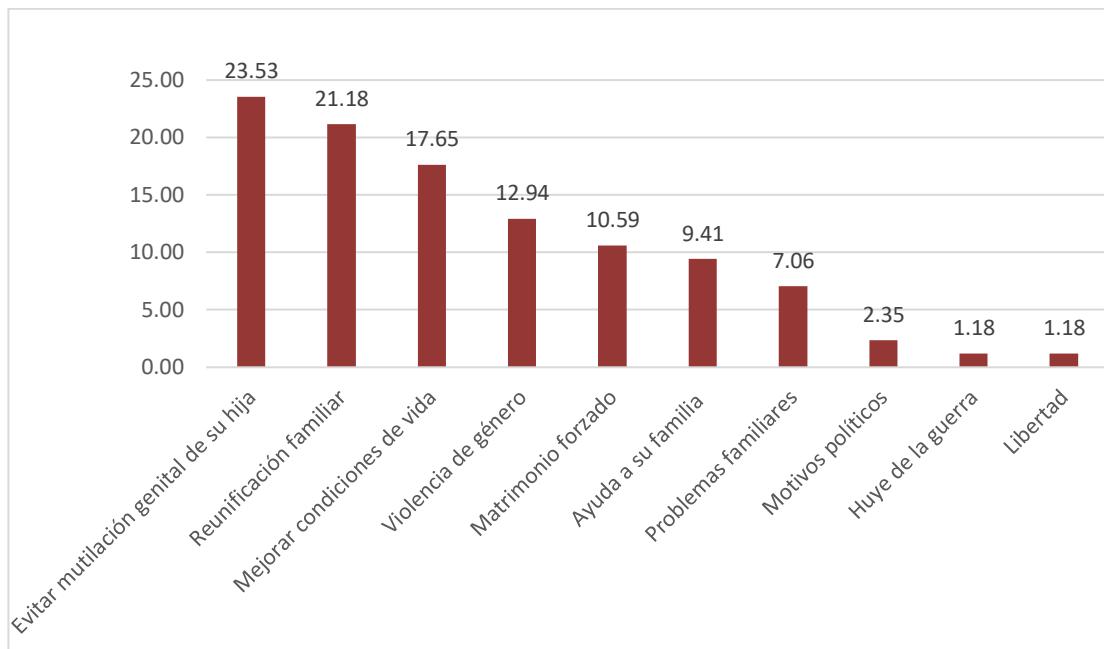
Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

Un 24% de las mujeres atendidas por ÖDOS afirmó que emigra a Europa para evitar la mutilación genital femenina de sus hijas. Estas, junto con el 13% de mujeres que habrían sido víctimas de violencia de género y el 11% que habrían huido por ser víctimas de un

¹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2019). Ob. Cit.

matrimonio forzado, representan un grupo importante de mujeres posibles solicitantes de protección internacional.

Gráfico 1: Motivos para emigrar de la mujer

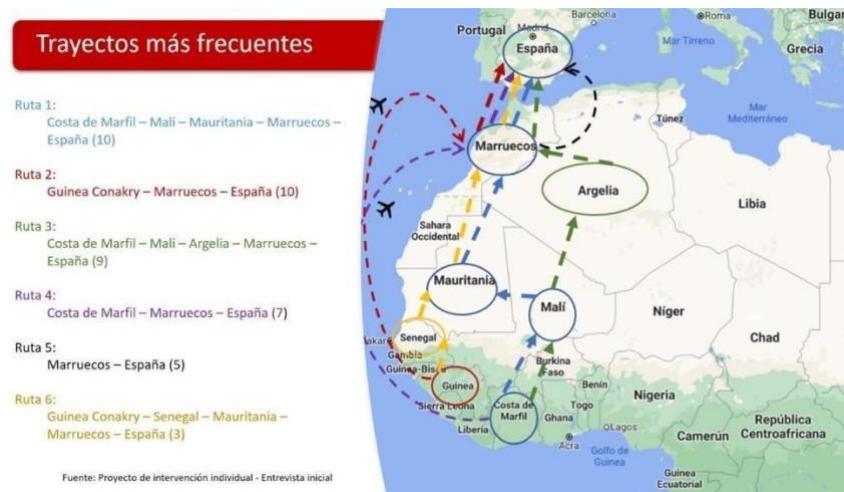


Fuente: Proyecto de intervención individual – Entrevista inicial

La mayoría (70%) cruza dos fronteras o más durante su trayecto migratorio hasta España, algunas incluso cuatro, con los riesgos victimológicos que ello conlleva tales como extorsiones o agresiones de toda índole. En muchas ocasiones es difícil para estas mujeres expresar la victimización sufrida en el camino¹², de modo que solo se registraron datos de victimización en el trayecto de 13 de ellas, quienes refirieron haber padecido en su mayoría robo, agresión física o violación.

¹² ECHEBURÚ, E. y AMOR, P.J. (2019). Memoria traumática: estrategias de afrontamiento adaptativas e inadaptativas. *Terapia Psicológica*, Vo. 37, nº 1.

Figura 1: Rutas más frecuentes desde el país de origen hasta España



Fuente: Proyecto de intervención individual – Entrevista inicial

Al menos el 77% de las mujeres ha afirmado que pasó por el bosque de Nador (Marruecos) antes de cruzar a España. Las mujeres suelen describir la estancia en el bosque como una experiencia muy dura, aunque no suelen dar detalles de su situación ni la de sus hijos e hijas en este contexto. La Delegación Diocesana de Migraciones es un socio estratégico en Nador, ya que la mayoría de las mujeres refiere haber recibido su ayuda o asistencia durante su paso por el bosque.

El programa ÖDOS atendió a 95 NNA, la mayoría (65,3%) con 5 años o menos, algunos de estos nacieron por el camino. Casi 60% son niñas, lo que puede relacionarse con el hecho de que las madres emigraran para evitar que las mutilaran genitalmente. El 66% de las niñas cuyas madres han sido mutiladas genitalmente tienen entre 1 y 5 años.

Tabla 5: Edad de los y las NNA atendidas

Recién nacidos y hasta un año	18%
2 a 5 años	47%
6 a 10 años	27%
11 a 17 años	7%

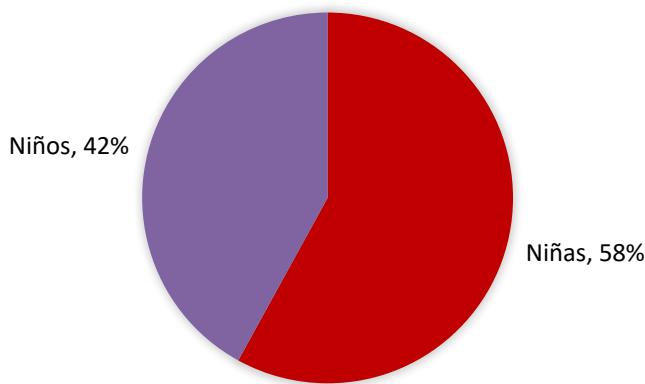
Fuente: Ficha de indicadores y Proyecto de intervención individual – Entrevista inicial

Tabla 6: País de procedencia de los y las NNA atendidas

Costa de Marfil	49%
Eritrea	1%
Guinea Conakry	21%
Marruecos	15%
Camerún	4%
Senegal	1%
Mali	3%
Nigeria	1%
Togo	1%
España (Montilla)	1%
España (Granada)	2%

Fuente: Ficha de indicadores y Proyecto de intervención individual – Entrevista inicial

Gráfico 2: Sexo de los y las NNA atendidas



Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

El equipo de intervención expresó en las entrevistas que los NNA sufrieron traumas y abusos durante el trayecto migratorio, lo que, unido a la falta de escolarización durante el trayecto, deriva en falta de habilidades sociales y presencia de actitudes agresivas, sobre todo en aquellos que pasan por el bosque de Nador. También contribuye a ello el hecho de que muchas mujeres no respondan adecuadamente al comportamiento disruptivo de los NNA al mostrarse indiferentes o infringir castigos severos. La falta de adecuadas

estrategias educativas, la necesidad de prestar atención a la propia supervivencia durante el camino, el cansancio crónico con el que llegan, como veremos a continuación, suelen estar en la base de esas respuestas maternas.

4.2. Eficacia según los objetivos del programa

Una vez mostrados el alcance del programa con la población diana y las características de la muestra, se exponen los resultados sobre la eficacia del programa en relación con sus objetivos iniciales y sobrevenido.

A. Prevención secundaria de la trata con fines de explotación sexual

Con respecto a la prevención de la trata, el programa ÖDOS partía de la idea de que las mujeres serían conscientes de que estaban siendo víctimas de un delito de trata, esto es, que serían conocedoras de que estaban siendo conducidas a una situación de explotación según lo dispuesto en el artículo 177 bis del Código penal español y que, tras un periodo de restablecimiento de calidad en el recurso La Muela, serían capaces de reconocerse víctimas de trata. Sin embargo, ninguna de las mujeres atendidas por el programa en los dos primeros años de implementación se ha reconocido como tal.

Tres son los motivos que pueden llevar a que la mujer no se reconozca víctima de trata: Uno, que realmente no esté siendo tratada; dos, que esté siendo tratada, pero que tenga miedo a reconocerlo; y, tres, que no lo sepa porque esté siendo engañada. El engaño es el medio comisivo más frecuentemente utilizado por los tratantes en los casos conocidos por los tribunales españoles¹³. La víctima, que en un contexto migratorio es captada y transportada mediante engaño, no se percata del proceso conducente a la explotación en el que se encuentra¹⁴, y es por ello por lo que no puede reconocerse víctima de trata. En España, desde una perspectiva criminocéntrica o enfocada en la persecución del delito, solo las víctimas que se reconocen expresamente como tales son derivadas a recursos específicos para su protección.

El programa ÖDOS, orientado en la prevención secundaria de la trata (esto es, evitar su explotación sexual posterior) adoptó una perspectiva victimocéntrica en la medida en que decidió restablecer, proteger y acompañar a mujeres y NNA que aún no habían sufrido explotación sexual, y evitar que permanezcan o caigan en redes de trata.

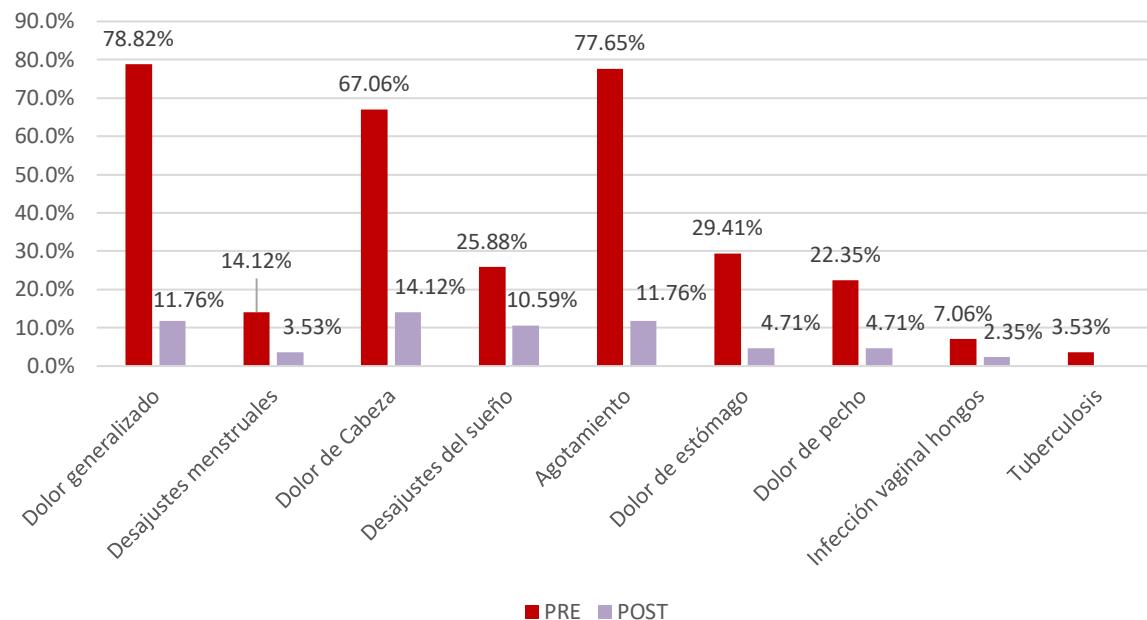
Para identificar si el paso por La Muela cumple con el restablecimiento de las mujeres, el equipo de intervención registró una valoración del estado físico, del estado emocional y de la sensación de seguridad de cada mujer justo en el momento de llegar a La Muela y

¹³ SALAT PAISAL, M. (2020). Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: Un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019. *Revista Española De Investigación Criminológica*, 18(1), 1–27. <https://doi.org/10.46381/reic.v18i1.405>;

¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011). *El delito de Trata de Seres Humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Aranzadi-Thomson Reuters.

después, en el momento de su salida. La mayoría de las mujeres atendidas por el programa llega con dolores generalizados, desajustes del sueño y menstruales, agotamiento y dolor de cabeza. Solo el 6% de las mujeres presentan enfermedades graves al llegar, como hepatitis, sarna o tuberculosis. Cuando la mujer abandona La Muela, los resultados muestran una mejora significativa del estado de salud, es decir, las enfermedades y trastornos físicos detectados a la llegada disminuyen en un alto porcentaje.

Gráfico 3: Estado de salud de las mujeres antes y después de La Muela

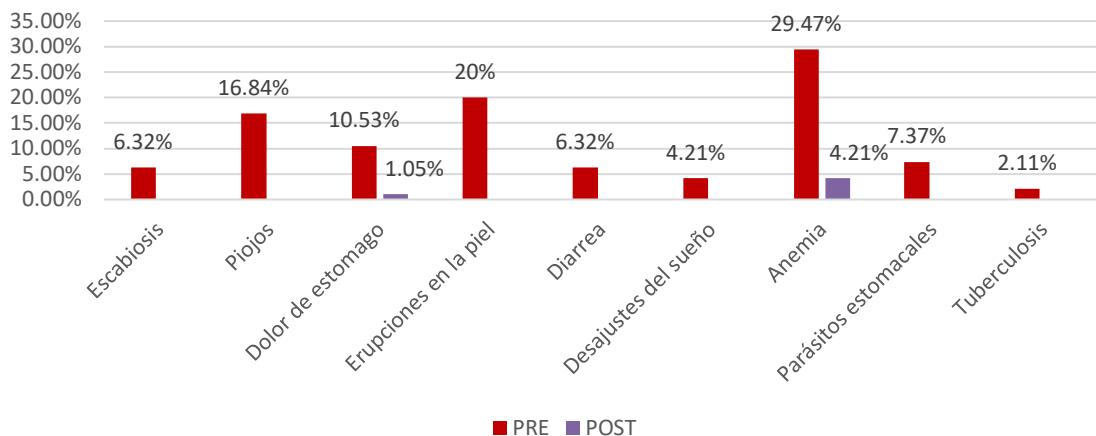


Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

La misma mejoría se observa a nivel emocional. En las entrevistas, las educadoras sociales identifican que las mujeres, al llegar a La Muela, pasan mucho tiempo en la habitación aisladas y evadidas. Incluso el vínculo con sus hijos o hijas se observa debilitado, produciéndose situaciones en las que los niños y las niñas no están del todo atendidos por ellas. Pero, con el paso del tiempo, la mujer se va abriendo más, interviene con frecuencia en las dinámicas de la casa y participa en el grupo, se comunica más con el entorno y empieza a prestar una mayor atención a sus hijos o hijas. Lo mismo ocurre con la sensación de seguridad.

En el caso de los NNA los registros en la ficha de indicadores midieron la salud, la relación del menor con iguales y con adultos, la capacidad de atención y la actitud disruptiva. Todos esos aspectos mejoraban significativamente pasados unos meses en La Muela.

Gráfica 4: Estado de salud de NNA antes y después de La Muela

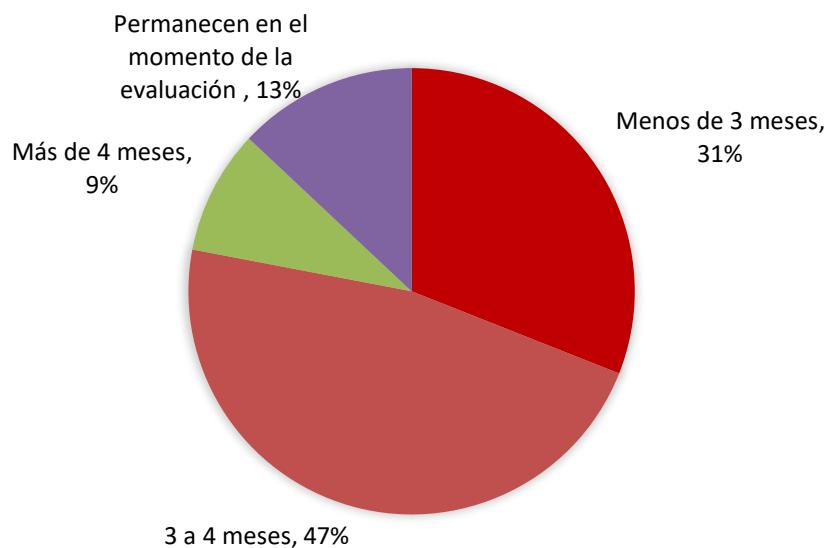


Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

Todas las mediciones anteriores de las mujeres y los NNA relacionadas con el tiempo de permanencia en la Muela fueron sometidas a la prueba no paramétrica de Wilcoxon con la que se comprobó que la mejoría no era fruto del azar, sino del tiempo transcurrido en el recurso residencial La Muela (fase I), ya que todos los p-valor obtenidos fueron inferiores al nivel de significación ($p<0,05$).

La mayoría de las familias pasan entre 3 y 4 meses en La Muela. No obstante, durante los dos primeros años del programa, un 31% de las mujeres acompañadas de menores estuvieron menos de 3 meses, lo que dificultó implementar las estrategias de protección basadas en el restablecimiento e información. El porcentaje de mujeres que estuvo poco tiempo en La Muela es mayor al inicio del programa y disminuye casi hasta desaparecer en los últimos meses, observando una mejora en el programa desde una perspectiva evolutiva.

Gráfica 5: Tiempo de permanencia de las familias en La Muela



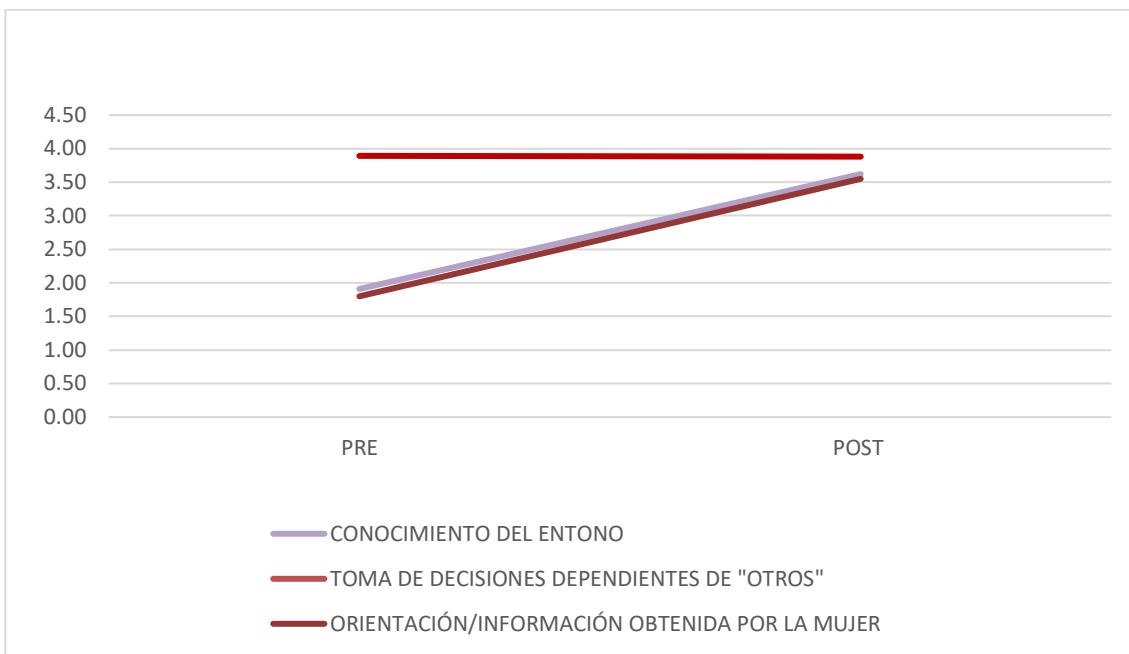
Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

Parte de los objetivos de intervención en La Muela es la protección de las mujeres y NNA a su cargo una vez que abandonan ese recurso residencial. Para ello se busca dar información y formación a las mujeres para que conozcan su entorno y sean capaces de tomar decisiones por ellas mismas. El equipo de intervención valoró de 1 a 5 estos tres aspectos (véase gráfica 6) por cada mujer al llegar y al salir del recurso residencial La Muela. La media de estos valores permite visualizar la evolución experimentada en dichos aspectos. A la llegada, las mujeres tenían una media de 1,5 de conocimiento del entorno y de información (bajo), mientras que a la salida se observa un aumento claro en estos aspectos. No ocurre lo mismo en el caso de la “dependencia de las decisiones de otros”, en donde el resultado al llegar y salir del recurso residencial se mantiene en 4 (alta dependencia). Es frecuente que ese otro sea un hombre¹⁵. Como argumenta MONTIEL¹⁶ la dependencia emocional, usando la seducción junto a la oferta de ayuda económica en el país de destino, suele ser el modus operandi en la modalidad de engaño del delito de trata. De ahí que la dependencia que mantienen con la persona de contacto en el país de destino pueda ser un indicador del riesgo que corre la mujer.

¹⁵ THILL, M. y GIMÉNEZ ARMENTIA, P. (2016). El enfoque de género: Un requisito necesario para el abordaje de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 27, 439-459

¹⁶ MONTIEL TORRES, O. (2009). *Trata de personas: padrones, iniciación y modus operandi*. México: Instituto Nacional de las Mujeres.

Gráfica 6: Dimensión de protección

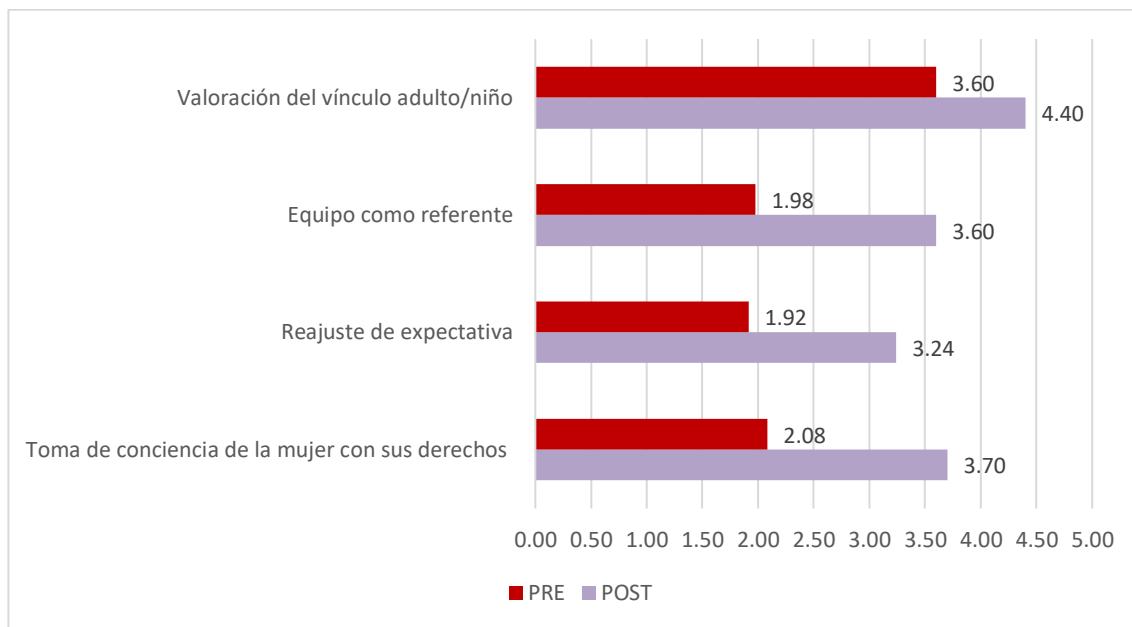


Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

Por otro lado, también se evaluó, en la ficha de indicadores, la toma de conciencia de la usuaria sobre sus derechos; la vinculación entre la mujer y el/la menor con que entra la usuaria al recurso. Además, se valoró el reajuste de las expectativas de las mujeres respecto de su llegada a Europa con la idea de desmitificar las ideas preconcebidas sobre las posibilidades en España y Europa; y el equipo de intervención en La Muela como referente para las usuarias. Estos indicadores conforman la dimensión de acompañamiento, central para el programa ÖDOS y poco habitual entre las distintas instituciones que en España asisten a víctimas de trata¹⁷. Para la evaluación de esta dimensión, se calculó la media aritmética en todas las variables en el momento de entrada (pre-) y de salida (post-) de las mujeres de La Muela. En todos los casos se observa un aumento importante al final. Por ejemplo, el equipo de intervención valora que las mujeres tenían mayor vínculo con sus hijos/as al momento de abandonar La Muela, asimismo consideraban que sus expectativas se ajustaban más a la realidad.

¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C. (2021). Aproximación institucional a la trata de seres humanos en España: Valoración crítica. Estudios penales y Criminológicos. Vol. XLI

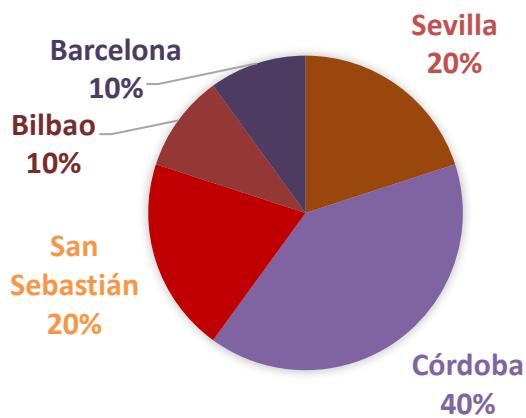
Gráfico 7: Dimensión acompañamiento



Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

Respecto a la continuidad entre fase I y fase II del programa, durante los dos primeros años sólo el 13,5% de las usuarias fueron derivadas a fase II. Del resto (86,5%), el 90% continuó su proceso migratorio, el 5% se fugó y el resto no cumplía con el perfil del recurso. En este caso, teniendo como base que el recurso de La Muela fue creado con la intención de que las mujeres pasaran a una segunda fase, como una alternativa a su proyecto migratorio incierto y, debido a que eso solo se ha conseguido en un porcentaje bajo de usuarias, la eficacia en este sentido es muy mejorable.

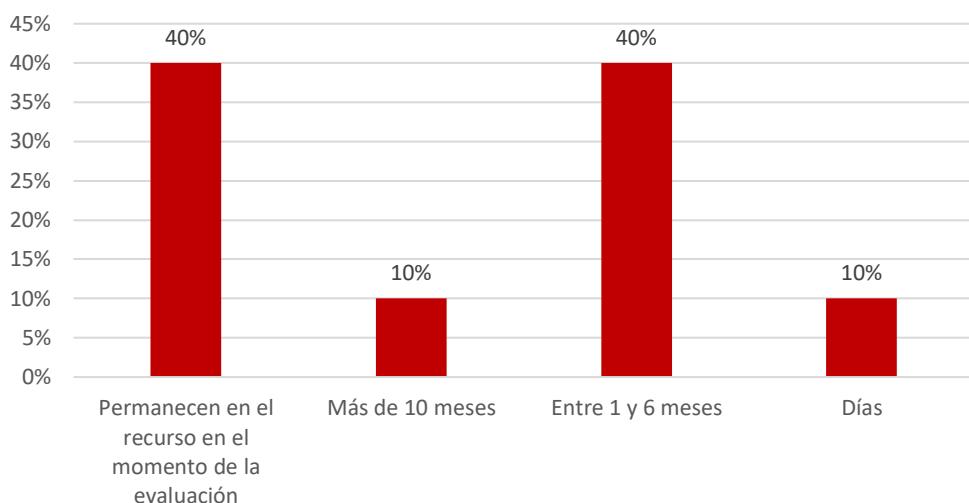
Gráfico 8. Lugar de derivación de las familias



Fuente: Cuadrante de seguimiento

La mayoría fue derivada a un recurso de la Red ÖDOS (80%) y el resto a recursos para solicitantes de protección internacional. Se ha detectado que en un 40% de los casos se ha tardado más de tres meses desde que se solicita la derivación por parte de fase I hasta que se hace efectiva en algún recurso de la fase II. Al igual que en otros indicadores, el programa ha ido mejorando en este aspecto y cada vez el porcentaje anterior es menor. No obstante, el retraso en las derivaciones produce efectos contraproducentes en las mujeres, como la sensación de estancamiento e impaciencia. El recurso residencial La Muela se encuentra en una localidad alejada de la ciudad y por eso se configura como un lugar ideal de parada para el restablecimiento y reflexión, pero no es el sitio idóneo para estancias a largo plazo de familias como las que atiende el programa ÖDOS. Las mujeres que deciden quedarse en España buscan trabajar y empezar su proceso de integración. La derivación a otros recursos residenciales es parte de ese proceso y no debe tardar tanto tiempo en producirse.

Gráfico 9: Tiempo de permanencia en fase II



Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

Respecto a la permanencia en la fase II, de las pocas mujeres derivadas, un alto porcentaje de ellas abandonó el recurso durante los primeros seis meses y continuó su trayecto migratorio. Este dato, junto con el alto porcentaje de mujeres que no llegan a ser derivadas a fase II, pone de relieve la importancia del seguimiento que este programa debe realizar con las mujeres una vez que salen de su programa. Varios son los motivos que justifican la importancia del seguimiento: 1) brindar un tejido de contactos activos en caso de que la mujer supuestamente engañada por una red de trata se encuentre en una situación de explotación de la que desea escapar y 2) tomar el pulso al verdadero riesgo que estas mujeres corren al llegar a sus destinos y así evaluar el impacto del programa.

Con respecto al seguimiento de las usuarias no derivadas (86,5% del total de mujeres atendidas), la mayoría continuó su proceso migratorio a Francia (46,38%) y un 12% de ellas continúa en España, donde se ha encontrado con un familiar. Además, con el 64,06%

(n=41) de las no derivadas se ha mantenido un contacto informal que en el 27,91% de los casos duró más de seis meses. Sin embargo, un 15,6% de las usuarias sólo contactó con alguien del equipo de intervención del programa tres días después de su salida de La Muela, tras lo cual fue imposible localizarlas nuevamente.

B. Protección de la infancia acompañada en movilidad

El enfoque de infancia del programa ÖDOS es fundamental porque, si bien las mujeres forman un colectivo invisible, más aún lo son las/os NNA que las acompañan. Actualmente, las movilidades que afectan a NNA siguen siendo invisibles para la sociedad y para las administraciones responsables de su protección como veremos a continuación. Esta invisibilidad tiene como principal consecuencia la vulneración de sus derechos¹⁸.

Algunos nacen por el camino. En muchas ocasiones no queda constancia registral de este hecho. Por tal motivo, los menores nacidos en tránsito son invisibles y quedan a la sombra de cualquier derecho en la medida en que se le niega su derecho a la identidad. Sin identidad no hay reconocimiento de derechos, quedando totalmente ocultos para el sistema. También se hace difícil el reconocimiento de la nacionalidad, lo que lleva a que estos/as menores sean de facto o funcionalmente apátridas¹⁹.

Por otro lado, la política pública española está diseñada para que, en los supuestos de mujeres que inmigran irregularmente acompañadas de menores, se produzca una separación entre ellos al llegar a territorio español hasta que se confirme la filiación a través de los resultados del ADN²⁰. Sin embargo, esta práctica de separaciones automáticas es contraria a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que vela por la unidad familiar como principio básico a considerar (caso R.M.S c. España, número 28775/94, 18 de junio de 2013). El programa ÖDOS se propone como reto, en todos los casos de mujeres migrantes que llegan con menores a las costas andaluzas, mantener el vínculo entre ambos, aun cuando algunas pocas mujeres llegan acompañadas de NNA que no son sus hijos/as (véase tabla 7).

¹⁸ BHABHA, J. (2009). Arendt's Children: Do today's Migrant Children have the Right to have Rights? *Human Rights Quarterly*, 31, 410-451.

¹⁹ BHABHA, J. (2009). Ob. Cit.

²⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, J. (2020). Mesa: La mujer migrante. *VIII Cumbre de mujeres juristas*. Ilustre colegio de abogados de Madrid. 29 y 30 de octubre. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=R2HVBOeZne4&app=desktop>

Tabla 7: Resultados negativos de pruebas de ADN realizadas a mujeres y menores en costas

Año	Pruebas realizadas	Resultados negativos	%
2015	545	3	0,5
2016	248	4	1,6
2017	377	15	3,9
2018*	377*	15*	3,9*
2019	650	39	6

*El dato se repite en las memorias de 2017 y 2018, debiendo ser una errata.

Fuente: Memorias de la Fiscalía General del Estado de 2015 a 2019.

El programa ÓDOS se plantea, por tanto, varios objetivos con estos NNA en relación con lo anterior. Por una parte, evitar la separación traumática de la mujer que le acompaña, aun cuando la prueba de ADN sea negativa, siempre que el vínculo entre ambos sea positivo y la mujer constituya un adulto referente para el/la menor. Y, por otra parte, poner en valor los informes sociales que acreditan la necesidad de mantener el vínculo para que sea tomado en cuenta en el resto de las decisiones administrativas o judiciales con la idea de dar cumplimiento al principio del interés superior del NNA.

Los NNA que están acompañados de sus madres también son un motivo de preocupación desde la perspectiva de la protección de la infancia, ya que se encuentran en una situación clara de riesgo por su invisibilidad jurídica y por el entorno social incierto de destino. De hecho, mientras los menores extranjeros no acompañados son objeto de protección por parte de los servicios de infancia de las Comunidades autónomas, se supone que la infancia acompañada en movilidad está protegida en la medida en que su progenitor se hace cargo, quedando invisibilizadas en muchas ocasiones las situaciones de riesgo en las que se encuentra.

Es cierto que existe una figura jurídica conocida como “declaración de la situación de riesgo” para proteger a la infancia en movilidad acompañada. Sin embargo, está poco desarrollada en la intervención social y su uso con respecto a la infancia en movilidad es inexistente, pues la batería de indicadores de riesgo que se contemplan para materializar tal decreto no alberga los factores de riesgo específicos de estos menores²¹. Nuevamente su especial situación de vulnerabilidad queda invisibilizada para el sistema.

Por otra parte, los padecimientos de la mujer durante su trayecto migratorio llevan a esta a una situación de estrés postraumático que hace complicado que pueda encargarse de atender a su hijo/a como debiera. Por ello, junto al restablecimiento de la mujer, el trabajo

²¹ ARCE JIMÉNEZ, E. (2019). Menores víctimas de trata. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 278-296; MANZANEDO NOGUERUELA, C. (2019). Menores extranjeros acompañados. La problemática invisible de los niños y niñas migrantes acompañados que llegan a la frontera sur española. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18. 260-266.

dirigido a reforzar el vínculo materno-filial se antoja una estrategia primaria de protección a la infancia²².

El programa ÖDOS presenta propuestas pioneras ante esta realidad desconocida. Los resultados con respecto a la protección de esta infancia destacados en las entrevistas con el grupo motor y miembros del Ayuntamiento de Montilla (colaborador del programa y parte de la Red ÖDOS) son los siguientes:

La práctica administrativa habitual es negar el registro en el padrón municipal a personas en situación administrativa irregular. La buena coordinación de La Muela con el Ayuntamiento de Montilla ha posibilitado vencer la práctica vulneradora de derechos anterior una vez que la deportación no puede ser ejecutada y la mujer y los/las menores estén registrados por el Ministerio de Interior. El Ayuntamiento de Montilla, a partir de la petición del programa ÖDOS y de manera pionera en España, acepta la documentación proporcionada con los nombres y NIE de las mujeres y NNA para su registro en el padrón municipal, tornándoles visibles para el sistema y posibilitando el acceso a la tarjeta sanitaria y escolarización inmediata.

Además, el programa ÖDOS impulsó el desarrollo por parte del Ayuntamiento de Montilla del primer reglamento para la declaración de riesgo de menores acompañados en movilidad. A partir de la experiencia de trabajo conjunto, desde los servicios sociales se identifica que el procedimiento no se hace según se recoge en la legislación vigente (art. 17 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Las declaraciones de riesgo se suelen hacer para determinar posteriormente el desamparo del NNA, sin que se diseñe un plan de intervención para corregir la situación de riesgo. Además, los indicadores de riesgo establecidos en la práctica, al menos en Andalucía, no tienen capacidad predictora del riesgo específico de los menores acompañados en movilidad. Esa constatación vino seguida de una propuesta alternativa por parte de los servicios sociales de Montilla: la elaboración de informes sobre la familia, donde se registra la situación de riesgo del NNA que necesita acompañamiento para que esa situación no se agrave y pueda derivar en desamparo. Una vez identificada la situación de riesgo, el Ayuntamiento de Montilla hace un esfuerzo de coordinación con los servicios sociales del ayuntamiento de las localidades hacia dónde va la familia al salir de La Muela para informarles de la situación de riesgo. Esa fue la fórmula de protección encontrada debido a las limitaciones existentes en los indicadores de riesgo actuales, así como por el factor tiempo que impide que se desarrolle el acompañamiento necesario cuando el riesgo es declarado.

Otro éxito importante del programa ÖDOS ha sido conseguir la reagrupación de menores en al menos 5 casos, ya que es parte fundamental de la protección de los menores situarse en su contexto familiar. Por el contrario, la falta de registro de los/las menores que han nacido por el camino y el riesgo de apatridia han sido una de las grandes dificultades del

²² HELLINGER, B. (2000). *Órdenes de amor*. Ed; BARUDY, J. (1998). *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*. Ed. Gedisa.

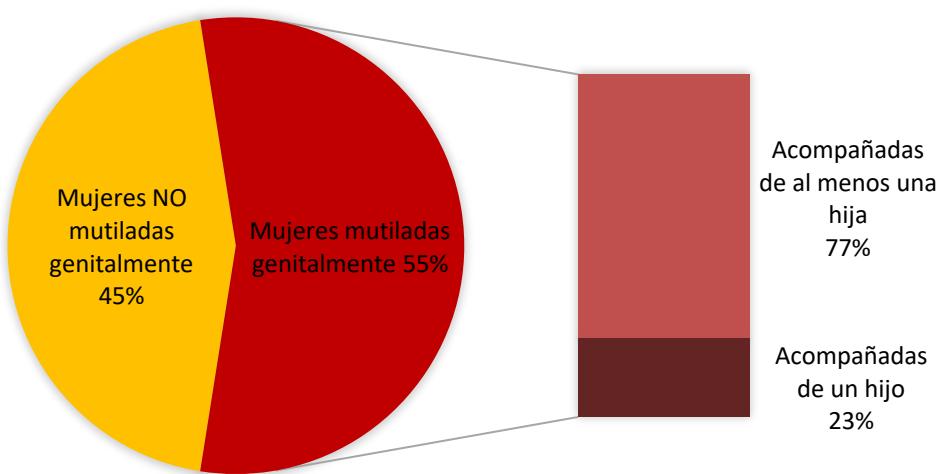
programa, lo que ha puesto de manifiesto la importancia de contar con una buena asistencia jurídica que derive en una completa protección de estos menores.

C. Detección de vulnerabilidades para solicitar protección internacional.

Este objetivo ha cobrado fuerza en un momento del programa en el que se perdió temporalmente la perspectiva victimocéntrica de la prevención de la trata. Al no poder demostrar que ÖDOS estaba sirviendo para la prevención de la trata debido a que ninguna mujer se identificaba como víctima de dicho delito, ni detectar, al mismo tiempo, vulnerabilidades de las mujeres y los NNA en sus países de origen y durante el trayecto migratorio, se planteó la posibilidad de dar un viraje en los objetivos y enfocarse hacia la protección internacional.

Para valorar el programa ÖDOS con respecto a este objetivo basta referirse al hecho de que el 24% de las mujeres afirma salir de su país por miedo a la mutilación genital (MGF) de sus hijas y que el 55% de las mujeres afirma haberlo sido. Hemos cruzado este dato con el número de mujeres que vienen acompañadas con sus hijas como indicador que pudiera justificar las solicitudes de protección internacional basadas en el miedo a que sus descendientes sufran mutilación genital. Los resultados son muy interesantes: El 70% de las mujeres que sufrieron MGF vino acompañada de una menor (véanse figuras 11 y 12), teniendo el 66% de esas menores entre 1 y 5 años.

Gráfico 10: Porcentaje de mujeres mutiladas genitalmente y mujeres mutiladas genitalmente que vienen acompañadas de al menos una hija

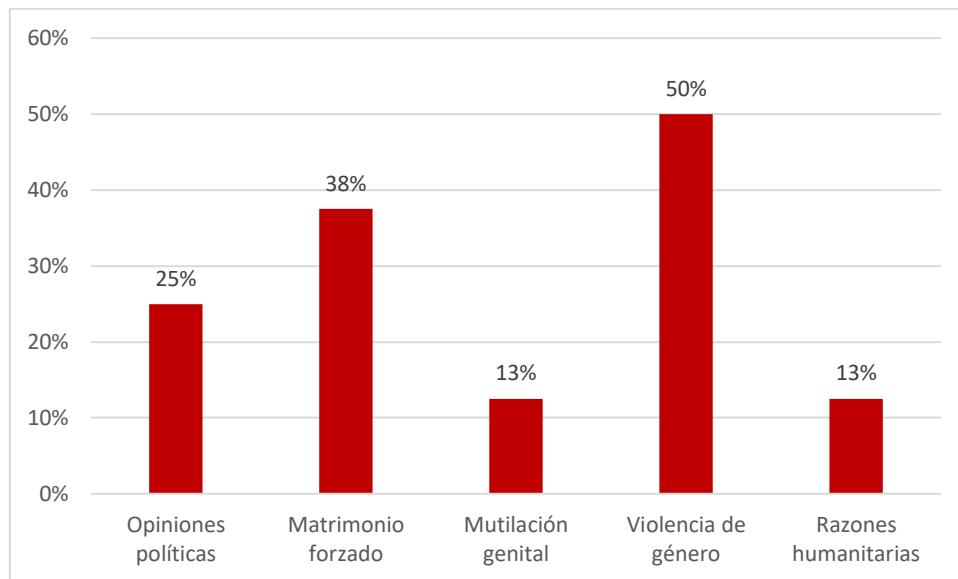


Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

En el 9,6% de los casos se ha solicitado la protección internacional de la usuaria y en un 4,2% se ha solicitado la protección internacional de los y las NNA. De estos últimos, en

un solo caso se ha solicitado la protección internacional de la menor sin que estuviera adjunta a la solicitud de la mujer con la que entró al recurso.

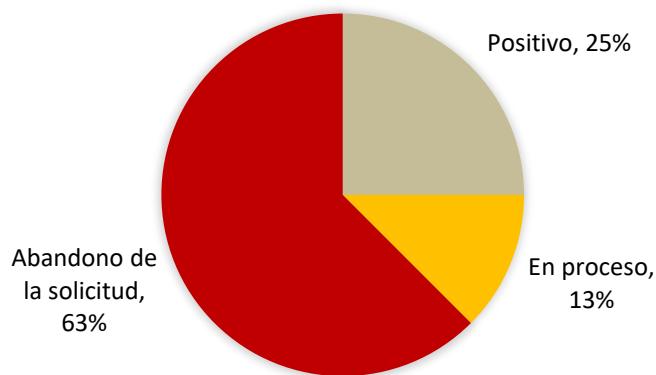
Gráfico 11: Motivos solicitud protección internacional



Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

La mayoría de las solicitudes de protección internacional se han iniciado porque la mujer ha sufrido violencia de género o se le ha obligado a contraer matrimonio. Además, es necesario mencionar que en el 37,5% de los casos de solicitud de protección internacional coincidían más de un motivo para solicitarla.

Gráfico 12: Estado de la solicitud de protección internacional



Fuente: Ficha de indicadores de evaluación

El alto porcentaje de abandono de solicitudes de protección internacional se explica por el gran número de mujeres que dejan La Muela sin ser derivadas a segunda fase, o que incluso salen antes de tiempo de la segunda fase para continuar su proceso migratorio. Resulta muy satisfactorio que todas las solicitudes tramitadas hayan obtenido una resolución positiva, lo que muestra la buena labor de intervención jurídica que se está llevando a cabo desde el programa. Otro dato de interés es que el 75% de las solicitantes han sido derivadas a segunda fase. Aunque no era el objetivo inicial del proyecto, los resultados muestran la necesidad de enfocar la atención también en la detección de vulnerabilidades.

5. CONCLUSIONES

Una de las conclusiones de este trabajo hace referencia a la falta de registro oficial de las mujeres migrantes que llegan a costas españolas acompañadas de NNA. Este es de por sí un indicador de la invisibilidad de este perfil de mujeres para el sistema español. No obstante, los menores que las acompañan si son inscritos en el Registro MENA. A partir de ese dato es posible hacer estimaciones sobre la población diana que llegan a las costas andaluzas y avanzar el dato de que el programa ha alcanzado casi a un 20% de dicha población. Este dato se muestra suficiente para que los resultados del programa ÖDOS sean tenidos en consideración de cara a consolidar una estrategia enfocada a la protección de mujeres migrantes acompañadas con NNA, visibilizar situaciones de vulnerabilidad y riesgo, y hacer incidencia encaminada a cambiar políticas públicas.

El programa ÖDOS es pionero en España en la prevención secundaria de la trata de personas con fines de explotación sexual desde una perspectiva victimocéntrica. El análisis de las variables de restablecimiento muestra que el programa ÖDOS es eficaz en relación con los NNA y las usuarias que pasan por el recurso residencial La Muela. Los resultados de esta intervención pueden llegar a ser eficaces para la prevención secundaria de la trata. Para ello el programa debe conseguir que las mujeres con indicios de trata que no se autoidentifican como tales y que tan solo quieren continuar su trayecto migratorio, permanezcan el mayor tiempo posible en La Muela. Esto es una dificultad del programa, que se une al hecho de que en la práctica sigue imperando una perspectiva criminocéntrica en esta materia. Aunque el art. 177 bis del Código Penal y el art. 59 bis de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social responden a una perspectiva victimocéntrica derivada de los requerimientos internacionales, la práctica parece desenvolverse de otra manera. Los indicios de trata no son suficientes para poner en marcha los mecanismos de protección. Estos en todo caso despegan cuando la mujer se autoidentifica víctima de trata. Esta práctica presenta muchas grietas como, por ejemplo, cuando hay engaño en el traslado, ocultando el proceso conducente a la explotación sexual con promesas migratorias exitosas. Posiblemente sean muchas las mujeres que consienten en un proceso migratorio irregular que sin saberlo está previsto que acabe en una explotación sexual. El reto del programa ÖDOS es frustrar unos inciertos fines de explotación.

La ecuación se completa con los NNA que vienen a cargo de esas mujeres. Se trata no solamente de frustrar el fin de explotación, sino de proteger los derechos de esa infancia invisibilizada y en riesgo. Y son precisamente estos NNA los que, a través de estrategias desarrolladas por ÖDOS en coordinación con el Ayuntamiento de Montilla, hacen de ancla para que la mujer se quede el tiempo suficiente para restablecerse, recibir información y establecer lazos con el equipo de intervención que permita un seguimiento futuro. La forma de intervención del programa ÖDOS no priva a la mujer en ningún momento de estar con su NNA, cumpliéndose así las exigencias de una perspectiva de infancia. Tampoco se le priva de otros derechos como pueden ser las comunicaciones a través de sus teléfonos móviles o internet. Es cierto que en otro tipo de programas se pacta con la mujer que quiere salir de la red de explotación sexual el no uso del móvil con la intención de romper lazos con sus captores. Eso solo es viable en una prevención terciaria de la victimización en la que se encuentra, esto es, como estrategia para salir de una red que ya la explota o cuando se reconoce dentro de ella. En el caso del programa ÖDOS, esa negociación no es viable en la medida en que las mujeres aún no han sido explotadas sexualmente ni se percata del engaño. El programa es una parada forzada en un camino que ellas desean continuar. Al inicio, lo que las retiene es una advertencia verbal por parte de los servicios sociales del Ayuntamiento de Montilla de que no pueden abandonar el recurso hasta que no salgan los resultados de las pruebas de ADN que comprueba la relación de filiación. El programa solo dispone de unas pocas semanas para ganarse la confianza de la mujer, antes de que esta vuelva a emprender el viaje. Esto coloca al programa, desde el punto de vista de la prevención secundaria de la victimización, en una situación difícil porque, aunque los resultados indican que la mayoría permanece en La Muela el tiempo de tres meses establecido, la mayoría rechaza la derivación a segunda fase. De ahí la importancia que debe dar el programa a la formalización del seguimiento posterior de la mujer que abandona el recurso para seguir su trayecto migratorio.

Casi el 90% de las mujeres continúan su trayectoria migratoria y con mucha probabilidad de camino a su explotación sexual. De ese casi 90% solo se ha tenido un seguimiento informal durante unos 6 meses de un tercio de las mujeres. Del resto se desconoce su destino. La formalización del seguimiento de las mujeres, a través de contactos sólidos en Francia por ser el lugar de destino de casi todas ellas, permitirá, por una parte, que tras el aprendizaje, acompañamiento y cercanía de ÖDOS, la mujer que se encuentre en una situación de explotación sea capaz de dar la voz de alarma para salir de ese enjambre. Por otra parte, solo a través del seguimiento se podrá conocer el verdadero impacto a medio y largo plazo de este programa de prevención secundaria.

Por otro lado, un aspecto destacado del programa es la alta calidad de la protección jurídica brindada a mujeres y NNA. La perspectiva de infancia ha permitido visibilizar los problemas que afrontan estos menores e iniciar estrategias de protección poco exploradas hasta el momento como los informes de riesgo de los NNA. La perspectiva de género ha conseguido que algunas usuarias puedan solicitar protección internacional, visibilizando que estas mujeres sufren violencia de género, matrimonios forzados, mutilación genital y opresión política, tal y como apunta Torres Falcón (2011). Por ello,

se considera que el programa también ha conseguido con ello una mejor protección de las usuarias en términos jurídicos.

Los resultados de este programa permiten además abrir un debate sobre la necesidad de que este tipo de intervenciones sea asumido por la Administración pública en sus planes de lucha contra el delito de trata de personas y de protección de una infancia en movilidad. Igualmente, los resultados que se presentan invitan a reflexionar sobre la pertinencia de asumir un enfoque de prevención secundaria de la victimización hasta ahora inexplorado y de atender de manera especial a una infancia vulnerable a pesar de estar acompañada por un adulto.

El programa ÖDOS es una plataforma privilegiada de protección de mujeres africanas y NNA que las acompañan. Los resultados de la evaluación muestran que sus dos objetivos iniciales de prevención secundaria de la explotación sexual y la protección de la infancia acompañada en movilidad mantienen de manera clara su vigencia especialmente en el entorno geográfico andaluz. Al mismo tiempo, hay que valorar positivamente la capacidad de adaptación del programa a los diferentes perfiles de mujeres que llegan a La Muela y aprovechar la oportunidad que supone el recurso residencial de fase I para detectar situaciones susceptibles de ser objeto de protección internacional. En ningún caso este nuevo objetivo es incompatible con la prevención secundaria de la victimización y la protección de la infancia en movilidad. El desafío está en encontrar fórmulas de seguimiento de las familias que deciden seguir su trayecto migratorio tras la parada en ÖDOS. Esa parada en el camino ha demostrado ser importante para el restablecimiento de las familias y para activar estrategias de protección de mujeres y menores, pero estas pueden perderse en el trayecto migratorio hasta su destino final.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE EVALUACIÓN Y CALIDAD – AEVAL (2015). *Guía práctica para el diseño y la realización de evaluaciones de políticas públicas. Enfoque AEVAL*. Agencia de evaluación y calidad. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

ARCE JIMÉNEZ, E. (2019). Menores víctimas de trata. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 278-296.

BHABHA, J. (2009). Arendt's Children: Do today's Migrant Children have the Right to have Rights? *Humans Rights Quarterly*, 31, 410-451.

BARUDY, J. (1998). *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*. Ed. Gedisa.

CHELIMSKY, E. [ed.] (1985) Program Evaluation: Patterns and Directions. Washington, DC: ASPA PAR Classics VI.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2012). *Informe anual DEFENSOR DEL PUEBLO Informe Anual a las Cortes Generales 2012.*

ECHEBURÚ, E. y AMOR, P.J. (2019). Memoria traumática: estrategias de afrontamiento adaptativas e inadaptativas. *Terapia Psicológica*, Vo. 37, nº 1.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2014) *Memoria año fiscal 2014*. Ministerio Fiscal.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2019) *Memoria año fiscal 2019*. Ministerio Fiscal.

FRIESE, S. (2019). *Qualitative Data Analysis with ATLAS.ti* (3 edition). Sage.

GARCÍA-ESPAÑA, E., CARVALHO DA SILVA, J. CASADO PATRICIO, E, y PRADO MANRIQUE, B. (2020). *Resumen ejecutivo: Evaluación Programa ÖDOS.*

HELLINGER, B. (2000). *Órdenes de amor*. Ed. Herder.

JUNTA DE ANDALUCÍA (2016). *La Evaluación de Políticas Públicas*. Instituto Andaluz de administración pública - Conserjería de hacienda y administración pública. Recuperado de: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/publico/anexos/evaluacion/EvaluacionPoliticasPublicas.pdf>

MANZANEDO NOGUERUELA, C. (2019). Menores extranjeros acompañados. La problemática invisible de los niños y niñas migrantes acompañados que llegan a la frontera sur española. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18. 260-266.

MONTIEL TORRES, O. (2009). *Trata de personas: padrones, iniciación y modus operandi*. México: Instituto Nacional de las Mujeres.

ROSSI, P.H. & FREEMAN H.E. (1989). *Evaluación. Un enfoque sistemático para programas sociales*. Traducción de la 2 ed. en inglés. Trillas.

SALAT PAISAL, M. (2020). Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: Un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019. *Revista Española De Investigación Criminológica*, 18(1), 1–27. <https://doi.org/10.46381/reic.v18i1.405>

SÁNCHEZ TOMÁS, J. (2020). Mesa: La mujer migrante. *VIII Cumbre de mujeres juristas*. Ilustre colegio de abogados de Madrid. 29 y 30 de octubre. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=R2HVB0eZne4&app=desktop>

- STUFFEBEAM, D. & SHINKFIELD, A. (1987). *Evaluación sistemática: guía, teoría y práctica*. Barcelona. Paidos. taking [Versión electrónica]. *Journal of Educational Psychology*, 95(2), 335-346.
- THILL, M. y GIMÉNEZ ARMENTIA, P. (2016). El enfoque de género: Un requisito necesario para el abordaje de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 27, 439-459.
- TORRES FALCÓN, M. (2011). Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos. *Nova et Vetera* 20(64), 151-164.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) (2013) caso R.M.N c. España, N.º 28775/12 (18 de junio de 2013).
- VAISMORANDI, M., TURUNEN, H., & BONDAS, T. (2013). Content analysis and thematic analysis: Implications for conducting a qualitative descriptive study. *Nursing & Health Sciences*, 15, 398-405. <https://doi.org/10.1111/nhs.12048>
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011). *El delito de Trata de Seres Humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Aranzadi-Thomson Reuters.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C. (2021). Aproximación institucional a la trata de seres humanos en España: Valoración crítica. Estudios penales y Criminológicos. Vol. XLI.
- WEISS, C. H. (1998). *Evaluation. Methods for Studying Programs and Policies. Second Edition*. Prentice Hall

Propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital por razón de género: ciberviolencia contra la mujer a la luz del marco europeo de protección de datos*

Regulatory proposals vis-à-vis a new digital gender equality gap: cyberviolence against women in light of the European data protection framework

MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ

Investigadora García Pelayo

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España)

monica.martinez@cepc.es



<https://orcid.org/0000-0002-6111-5798>

Resumen: Las investigaciones realizadas hasta la fecha confirman que las mujeres y niñas son las principales víctimas de las manifestaciones más graves de la violencia facilitada por las NTIC. Por ello a la desafortunadamente “clásica” desigualdad entre hombres y mujeres tenemos que añadir lo que hemos llamado en este trabajo como “brecha digital por razón de género”, entendida como el traslado al ámbito digital de las desigualdades, estereotipos y actos de violencia que sufren las mujeres, por el mero hecho de ser mujer. Entre las diversas conductas que incluye, en el presente trabajo se han examinado dos casos concretos de ciberviolencia (en concreto dos casos de violencia digital sexualizada) contra la mujer desde la perspectiva de la protección de datos y a la luz del principio *favor libertatis*. En el contexto del tratamiento de datos personales, son numerosos los supuestos habilitantes para reforzar la protección de las mujeres como principales víctimas de este tipo de violencia con independencia de que la conducta llevada a cabo sea o no un ilícito penal y sobre todo teniendo en cuenta los obstáculos o retrasos en poner en marcha

Recepción: 06/05/2021

Aceptación: 09/11/2021

Cómo citar este trabajo: MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica, “Propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital por razón de género: ciberviolencia contra la mujer a la luz del marco europeo de protección de datos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 211-233, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.08>

* Esta aportación se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación AICO/2019/205 (Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Comunitat Valenciana, IP Beatriz Tomás Mallén) y del proyecto de investigación RTI2018-095367-B-I00 (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, IP Rosario García Mahamut y Cristina Pauner Chulvi) ambos relativos a la implementación del RGPD en España.

mecanismos efectivos en sede policial y judicial. Analizamos los principios de protección de datos y proponemos diferentes vertientes del derecho al olvido no sólo como garantías de una autodeterminación informativa y de un empoderamiento femenino, sino también en una garantía necesaria para la igualdad efectiva y para la recuperación del trauma más frecuente de las mujeres del siglo XXI.

Abstract: *Research to date confirms that women and girls are the main victims of the most serious displays of NICT-facilitated violence. Therefore, to the unfortunately-common inequality between men and women we have to add what we have called the “gender digital divide”, understood as the transfer of inequalities, stereotypes and violent acts suffered by women (simply because they are women) to the digital sphere. Among the various behaviors included, this paper has dealt with two specific cases of cyber-violence (specifically two cases of sexualized digital violence) against women from a data protection perspective and in light of the favor libertatis principle. In the context of personal data processing, there are numerous scenarios that allow for strengthened protections for women regardless of whether or not the conduct carried out is a criminal offense and especially taking into account the obstacles or delays in putting in place effective mechanisms in the police and judicial context. We analyze the various data protection principles and propose different gradations of the right to be forgotten, not only as a guarantee of informational self-determination and female empowerment, but also as a necessary guarantee for effective equality and for the recovery of the most frequent trauma of 21st century women.*

Palabras claves: ciberviolencia contra la mujer, brecha digital, perspectiva de género, protección de datos, principio favor libertatis.

Keywords: *cyberviolence again women, digital divide, gender perspective, data protection, favor libertatis principle.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NECESARIA PERSPECTIVA DE GÉNERO ANTE LA TRANSFORMACIÓN SOCIO-DIGITAL. 3. APROXIMACIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y A DOS CASOS DE CIBERVIOLENCIA CONTRA LA MUJER DESDE EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. 4. EL ‘DERECHO AL OLVIDO’ COMO GARANTÍA JURÍDICA Y DIGITAL: PROPUESTAS DE FERENDA Y LEGE DATA PARA ASEGURAR LA DIGNIDAD DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE CIBERVIOLENCIA SEXUALIZADA. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La persona está sujeta a una “lotería” bio-social¹. Ante esta “paradoja de la vulnerabilidad” observamos su vertiente universal y particular: en tanto seres corporales y sintientes, todas somos vulnerables o susceptibles a daños, pero experimentamos esa vulnerabilidad de manera singular y única en función de nuestro cuerpo, mente y rol

¹ MASFERRE DOMINGO, A., “Vulnerability and Dignity in the Age of Rights”, en AA. VV., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Basel, Springer, 2016, p. 12.

dentro del entramado socio-económico-institucional². Si bien algunas de las causas de vulnerabilidad son temporales y superables, otras son permanentes y ancladas en construcciones socio-culturales más difíciles de revertir. La prevalencia de las mujeres como víctimas de violencia, en general, y de violencia digital, en particular, es un claro ejemplo de ello, produciéndose, en parte, como resultado de las construcciones socio-culturales sobre el sexo y los roles y actitudes asociados al mismo. La igualdad entre hombres y mujeres en la que se basan todos los ordenamientos democráticos, sociales y basados en el Derecho, hace inadmisible, *a priori*, calificar a las mujeres como personas vulnerables, en tanto en cuanto la vulnerabilidad no es inherente a la condición femenina *per se*.

Sin embargo, las relaciones sociales no existen en un vacío espacio-temporal, sino en tiempos y espacios socio-culturales que sí que muestran desigualdades o estructuras que potencian resultados desfavorables en función de (o basados en) factores perceptibles y determinantes, incluido el sexo. El Derecho, como encargado de regularlas, también estará sujeto a los mismos, y, por ende, deberá adaptarse y reinventarse ante los cambios sociales que vaya surgiendo. En esta línea, se ha utilizado la categorización o clasificación del sexo femenino no sólo como criterio de discriminación (el llamado “motivo protegido”), sino también como grupo vulnerable con el único fin de asegurar y garantizar la protección efectiva de los derechos que son universales en la teoría, pero que, en la práctica, se observa que las mujeres se ven envueltas en determinadas situaciones, directa o indirectamente por razón de su sexo, y ello las coloca en situaciones discriminatorias o de riesgo, y por ende, de vulnerabilidad.

Por ello, y sin ánimo de menospreciar la situación sanitaria en la que nos encontramos inmersos, y en palabras de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, la OMS), se puede calificar la violencia contra las mujeres como un problema de “salud pública mundial de proporciones epidémicas”³. La violencia contra la mujer, mundialmente conocida como violencia de género, no deja de ser un “símbolo brutal de la desigualdad” y una “clara manifestación de discriminación”⁴. Los estudios confirman ya no sólo las desigualdades entre hombres y mujeres en ámbitos como el laboral, sino que también confirman los atentos contra la salud, la seguridad y la autonomía de las mujeres y niñas⁵.

² PERONI, L. y TIMMER, A., “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1058-1059.

³ OMS, *Resumen de orientación Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud*, OMS, Ginebra, 2013, p. 1.

⁴ RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El sentido actual de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, (dir. Martín, M.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 138.

⁵ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014.

El problema añadido al que nos enfrentamos, en la actualidad, es que este ‘virus’ social se ha expandido y ha penetrado el reino virtual; confirmando las investigaciones realizadas hasta la fecha que las mujeres y niñas son las principales víctimas de las manifestaciones más graves de la violencia facilitada por las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, las NTIC)⁶. De tal forma que la violencia de género, incluida la discriminación, el acoso y agresión sexual o emocional, etc., ahora también se comete, se facilita y se propaga en el mundo virtual: “*el fenómeno de las redes sociales y la mensajería instantánea provocará [...]una amplificación de las conductas coercitivas, una extensión del control y la manipulación, así como la persistencia y [...] presencia del agresor [...] que le produce a la víctima una sensación de desamparo e impotencia ante los hechos [...] que está sufriendo [...] una grave alteración en su salud física y mental y [...]su vida cotidiana*”⁷.

Las NTIC no sólo tienen el poder y potencial de conectar a personas, abrir mentes y ser catalizadores de sendos progresos y revoluciones socio-culturales, sino también de reforzar y difundir determinadas estructuras que impactan negativamente a ciertos colectivos, incluidas las mujeres. La revolución tecnológica y la transformación digital han traído no sólo nuevas maneras de relacionarse con los demás o nuevas formas de comunicación social hacia la igualdad entre hombres y mujeres, sino también nuevas formas de atacar y silenciar a las mujeres⁸. Los comportamientos y fenómenos sociales dañinos que observamos en nuestro día a día se vierten en la Red, y esta, por su propia naturaleza, los intensifica y agrava su alcance y consecuencias. Esta nueva realidad, llamada por algunos como “ciberviolencia de género”⁹, es solo una manifestación más del paradigma socio-cultural existente trasladado a la cultura *online*, convirtiéndose la Red en herramienta para la opresión y abuso hacia las mujeres. Además, la violencia contra las mujeres debe interpretarse como un *continuum*, pues las diferentes formas de violencia en muchas ocasiones están interconectadas y no necesariamente son excluyentes entre sí¹⁰.

Con todo lo anterior, el presente trabajo justifica la necesidad de adoptar una perspectiva de género ante los nuevos fenómenos socio-digitales, propone una nueva definición de brecha digital por razón de género y analiza el marco europeo de protección de datos con

⁶ INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO, *Cyber violence against women and girls*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017, p. 3.

⁷ Vid., SALA ORDOÑEZ, R., “L'estat embrionari de la violència de gènere digital”, *Món Jurídic: Revista de l'il·Lustre Col·Legi de l'advocacia de Barcelona*, núm. 323 (junio-julio), 2019, pp. 20-21.

⁸ HARRIS, B., “Spacelessness, Spatiality and Intimate Partner Violence: Technology-facilitated Abuse, Stalking and Justice”, en AA. VV. *Intimate Partner Violence, Risk and Security: Securing Women's Lives in a Global World*, Nueva York y Oxon, Routledge, 2018, p. 53.

⁹ QUESADA AGUAYO, M.S., “La violencia de género y el ciberacoso en las redes sociales: análisis y herramientas de detección”, *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención* (coord. Verdejo, M.A.), Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, 2015, p. 148.

¹⁰ POWELL, A., y HENRY, N., *Sexual Violence in a Digital Age*, Melbourne, Palgrave MacMillan, 2017, p. 154.

el fin de realizar unas consideraciones y propuestas hermenéuticas sobre las garantías al alcance de las mujeres como principales víctimas de ciberviolencia.

2. LA NECESARIA PERSPECTIVA DE GÉNERO ANTE LA TRANSFORMACIÓN SOCIO-DIGITAL

Se ha prestado considerable atención a comportamientos violentos que se perpetran con la ayuda de las NTIC, en general, y aquellos relativos a colectivos vulnerables, en particular, sobre todo en relación con la explotación infantil en Internet o el ciberacoso a menores¹¹. No obstante, resulta necesario centrar nuestra atención, cuando hablamos de la aparición de nuevas formas de “violencia digital”¹², en aquella ejercida mediante la divulgación de datos de carácter personal desde la perspectiva de género. La necesidad de estudiar la violencia digital desde esta perspectiva concreta de género tiene su fundamento en dos razones principales.

De una parte, las investigaciones realizadas hasta la fecha confirman que las mujeres y niñas son las principales víctimas de las manifestaciones más graves de la violencia digital¹³. Al igual que a nivel mundial, la violencia de género en Europa afecta de manera desproporcionada a las mujeres (una de cada tres mujeres europeas experimenta violencia física o sexual a partir de su decimoquinto cumpleaños)¹⁴, revelando patrones desiguales y discriminatorios, y comprende no sólo el ejercicio de actos físicos o psicológicos presenciales sino también aquellos actos que tienen cabida a través de las NTIC. Estas

¹¹ A modo de ejemplo, *vid.* MONTIEL JUAN, I., “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 22, 2016, pp. 119-131.

¹² Así lo llama, por ejemplo, la AEPD en sus Recomendaciones “Ayuda a las víctimas de violencia de género y violencia digital”. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/recomendaciones>

¹³ FLORES FERNÁNDEZ, J., “Privacidad, factor de riesgo y protección en la violencia digital contra las mujeres”, *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención* (coord. Verdejo, M.A.), Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, 2015, p.313; VILLANUEVA-BLASCO, V.J. y SERRANO-BERNAL, S., “Patrón de uso de internet y control parental de redes sociales como predictor de sexting en adolescentes: una perspectiva de género”, *Revista de Psicología y Educación*, Vol. 14, núm. 1, 2019, p. 23; todo ello confirmado con estadísticas mundiales: *vid.*, OCDE, *Report: Bridging The Digital Gender Divide. Include. Upskill. Innovate*, OCDE, 2018, p. 23. (<https://www.oecd.org/digital/bridging-the-digital-gender-divide.pdf>, consulta: 06/05/2021).

¹⁴ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, pp. 3, 9, y 13. Aunque el estudio se centró en violencia ejercida por parte de quien es o haya sido cónyuge, o que esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia), igualmente permite afirmar que las cifras, de violencia de género, en general, y la ejercida mediante las NTIC, en particular, son mucho más altas en la práctica (pues existen numerosos casos de violencia contra las mujeres ejercida por parte de aquellos que no tienen ni han tenido una relación sentimental). Además, según el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, la mayoría de los casos de violencia de género (digital o no), no se denuncian, confirmado que, si bien no se han realizado encuestas desglosadas por género a nivel europeo y la investigación es limitada a nivel nacional, la que hay disponible “sugiere que las mujeres son desproporcionadamente objetivos de ciertas formas de violencia cibernética en comparación con los hombres”. *Vid.* INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO, *Cyber violence against women and girls*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017, p. 3 (<https://eige.europa.eu/publications/cyber-violence-against-women-and-girls>, consulta: 06/05/2021).

manifestaciones en su mayoría pueden ser clasificadas como una suerte de violencia digital sexualizada¹⁵, con ejemplos que van desde el acoso sexual en línea, la sextorsión a las agresiones sexuales facilitadas por aplicaciones de concertación de citas¹⁶, y, por ende, revelan que el fenómeno no parece ser neutral por lo que concierne al género.

De otra parte, tanto las causas como las consecuencias de este fenómeno se deben, en gran medida, a expectativas obsoletas, estereotipos y prejuicios de lo que es masculino y femenino¹⁷, a la normalización de la hipersexualización y cosificación de la mujer, y, por tanto, a una jerarquización socio-cultural que ha creado relaciones (inequitativas) de poder entre hombres y mujeres¹⁸.

Por establecer una definición operativa de violencia contra las mujeres, se podría definir como una como una categoría concreta de violencia de género (patrones y “conductas violentas y coercitivas”¹⁹ dirigidas contra una persona por motivo de su género/sexo), es decir, como aquella violencia dirigida contra la mujer, por el mero hecho de serlo, y que resulta o puede resultar en un daño físico, psicológico, económico, o, cualquier otro tipo de sufrimiento. Si bien no existe una definición común ni universalmente reconocida, las definiciones, tanto en el ámbito internacional como europeo, presentan notables similitudes²⁰. Con independencia de los matices de su conceptualización, la violencia contra la mujer indudablemente constituye una discriminación y una violación generalizada del disfrute de los derechos más fundamentales de este colectivo.

Lo cierto es que la innovación y transformación tecno-digital, sobre todo en lo que al acceso instantáneo y constante a la información, comunicación o incluso a la geolocalización, se refiere, han creado oportunidades singulares para perpetrar actos precursores o propios de este tipo de violencia. Además, la velocidad y universalidad en la difusión, acceso y perdurabilidad de contenidos sensibles y datos personales ha otorgado a los maleantes una gran facilidad para poner en entredicho la seguridad e

¹⁵ ESTEBÁNEZ, I. y VÁZQUEZ, N., *La desigualdad de género y el sexism en las redes sociales. Una aproximación cualitativa al uso que hacen de las redes sociales las y los jóvenes de la CAPV*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2013, pp. 95-97; FERREIRO, V., VILÀ, R., y PRADO, N., “Experiencias sexistas en las redes sociales. Perpetuando la violencia de género”, *Psicología y Educación: Presente y Futuro* (coord. Castejón, J.L.), Alicante, ACIPE, 2016, pp. 588-589.

¹⁶ Vid., por todas las noticias, SANDELL, S., “Dating Apps, Rape and the Lack of Safety in Online Dating”, *HuffPost Blog*, 24-02-2016 (revelando que el 40% de las agresiones sexuales se cometan con ayuda de las NTIC y aplicaciones de citas y que más del 85% de las víctimas son mujeres).

¹⁷ Vid., QUESADA AGUAYO, M.S., “Género y discriminaciones asociadas al hecho de ser mujer”, *Manual Agentes de Igualdad* (coord. Román, M.), Sevilla, Diputación de Sevilla, 2009, pp. 30-42.

¹⁸ QUESADA, M.S., “La violencia de género...op. cit., p. 133.

¹⁹ De hecho, se ha definido directamente desde la perspectiva del colectivo femenino. Vid., SALA ORDOÑEZ, R., “L'estat embrionari de la la violència de gènere...op.cit., p. 20.

²⁰ A nivel europeo (entendido en su sentido más amplio), se ha definido como los “*actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada*”. Vid. Art. 3(a) del Convenio de Estambul del Consejo de Europa.

intimidad de las mujeres, y todo ello mediante la vigilancia constante y conductas dañinas a distancia. Lo que resulta de todo punto innegable es que la propia naturaleza de las NTIC ha dado lugar a nuevos riesgos para la intimidad, integridad física y moral, y, en última instancia, riesgos para la dignidad y el libre desarrollo de este grupo en situación de especial vulnerabilidad; no sólo por la situación de desprotección por diseño²¹ en la que se encuentran, sino también, y sobre todo, por la incapacidad para defenderse frente a dichas injerencias. Con todo lo anterior, se puede apreciar cómo la Red ha dejado de ser un entorno neutral, no porque no se esté luchando por ello, ni porque la tecnología no tenga la capacidad o esté diseñada para serlo (aunque esto también es debatible²²), sino porque el mundo virtual es un reflejo del mundo real²³, y este está plagado de desigualdades.

De tal forma que a la desafortunadamente “clásica” desigualdad entre hombres y mujeres tenemos que añadirle la llamada “brecha digital por razón de género” (*digital gender equality gap*). Aunque gran parte de organismos internacionales han enfocado su definición en lo que se refiere a la falta de acceso, competencias digitales, utilización de las NTIC o la falta de presencia en mercados laborales tecnológicos o industrializados por parte del colectivo femenino, en el presente trabajo, ‘brecha digital por razón de género’ nos referimos al traslado de las desigualdades, estereotipos y actos de violencia que sufren las mujeres, por el mero hecho de ser mujer, al ámbito digital²⁴. Esta nueva brecha digital por razón de género incluye conductas de diversa índole: desde insultos sexistas (*slut-shaming*) o expresiones de odio e incitación a la violencia (*gender-based hate speech*), al *sexting* (como resultado de la presión social de las mujeres y niñas por parte de compañeros sentimentales masculinos) y la sextorsión, a prácticas que se acercan más al acoso tales como el “cibercontrol” (vigilancia continuada de la actividad *online* u *offline* pero apoyada por las propias herramientas digitales).

Todo esto, como vemos, tiene como sujeto principal a la mujer, y como objeto principal, datos personales (muchos de ellos especialmente sensibles) que le conciernen. Por ello, la presente contribución se centra en la regulación de la protección de datos a la luz de

²¹ Aludimos a la falta de protección “por diseño” (cogiendo prestada la terminología del RGPD que establece la protección de datos por diseño como una estrategia básica enfocada en la proactividad y prevención en vez de la reactividad y corrección) pero para referirnos a los patrones patriarcales ya citados, a esa cultura tecnológica de la que hablábamos en la *Introducción* del presente trabajo, que se ve envuelta en la omnipresencia de la tecnoociencia en la sociedad, y, subsiguentemente, a esa mentalidad social de titularidad sobre la vida e información de los demás (en particular de las mujeres), y que, precisamente gracias a la tecnología, se extiende sin límite alguno.

²² Para un análisis y ejemplos concretos de la no neutralidad (y el subsiguiente sesgo de género) de la Red y las herramientas digitales, *vid.* FERNÁNDEZ, A., “Sesgo de los algoritmos en el Big Data: una perspectiva desde la protección de datos”, *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género* (dir. Gorjón, M.C.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, pp. 1291-1301.

²³ *Vid.* BLAZQUEZ, N. y FLORES, J., *Ciencia, tecnología y género en Iberoamérica*, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2005, p. 699.

²⁴ *Vid.*, en líneas similares a mi propuesta, FERREIRO, V., *La brecha digital digital, una nueva forma de discriminación hacia las mujeres. La toma de decisión en los usos de internet*, Palma, Edicions UIB, 2014.

dos casos particularmente graves de violencia digital contra las mujeres: la violencia sexual digitalizada (grabar y divulgar agresiones y abusos sexuales) y la sextorsión (también conocido en los últimos años como ‘porno vengativo’). En el caso de las víctimas de violencia sexual digitalizada, nos encontramos con un doble fundamento jurídico desde la perspectiva de la protección de datos, ya que ni el acto sexual, ni su versión grabada, ni su difusión fueron consentidas. En el caso de las víctimas de pornografía vengativa, si bien los datos personales fueron grabados y compartidos originalmente con su consentimiento, no lo fue su distribución a terceros o su divulgación universal en la Red, a pesar de oponerse a ellos.

3. APROXIMACIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y A DOS CASOS DE CIBERVIOLENCIA CONTRA LA MUJER DESDE EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

El marco regulatorio europeo de protección de datos se plantea, y así se establece de manera explícita en el propio Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, el RGPD), en clave *iusfundamental*. Así, se podría argumentar que no sólo confiere un elenco variado de derechos (de acceso, rectificación, cancelación, oposición, supresión, portabilidad, etc.), sino que también da expresión al derecho fundamental a la protección de datos²⁵. Esto se ha considerado suficiente para clasificarlo como un sistema de atribución de derechos y como un sistema cuyo diseño e interpretación son consistentes con la concepción subyacente de un derecho fundamental. La naturaleza *iusfundamental* de este derecho (y, por ende, de su normativa de desarrollo) hace necesario referenciar, aunque sea sucintamente, el contenido esencial del mismo: de una parte, un aspecto (o contenido) negativo en cuanto elemento limitador al tratamiento de datos²⁶ y un aspecto (o contenido) positivo, en cuanto actuación jurídica (o facultad de control), por parte de la persona interesada en el tratamiento, sobre los datos que le conciernen; control que se hace efectivo a través de un abanico de facultades o derechos²⁷.

Aunque las mujeres víctimas de violencia de género digital no se mencionan expresamente como grupo vulnerable en el marco europeo de protección de datos, la

²⁵ Como ha dejado sumamente claro el propio Tribunal de Justicia en numerosas sentencias. *Vid.*, por todas, la primera en establecer que la Directiva de protección de datos debe ser interpretada a la luz del art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, la CDFUE): asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof v. Österreichischer Rundfunk*, STJUE de 20 de mayo de 2003.

²⁶ Elemento negativo que aparece vertebrado en torno a una serie de principios de los que se desglosan a su vez una serie de derechos y obligaciones; una panoplia de principios de calidad de los datos que regulan y legitiman el tratamiento, de sobra conocidos y ahora resumidos en el RGPD como el principio de exactitud, confidencialidad o seguridad, de finalidad y pertinencia, todo ello basado en el consentimiento (ya previsto en el art. 8.2 CDFUE). Una definición sencilla de cada uno se encuentra disponible en: <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/principios>

²⁷ Sobre la base de un poder de disposición sobre los datos personales se consagraron los clásicos derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), ahora ampliados a los derechos “ARSOPOL”(acceso, rectificación, supresión, oposición, portabilidad, oposición a decisiones automatizadas y limitación), como facultades jurídicas de la persona, con su consiguiente obligación jurídica para terceros, de conocer y decidir sobre la propia información personal.

combinación de la perspectiva de riesgo (muy asentada en el nuevo marco europeo de protección de datos), la perspectiva transversal de género (que figura como elemento transversal en la técnica legislativa nacional y europea) y la interpretación sistemática del Derecho de la UE (especialmente, de una lectura conjunta de la Directiva de los derechos de las víctimas de delitos, el RGPD y la Directiva Policial²⁸) lleva a considerar que el tratamiento de los datos de este colectivo y sus derechos personalísimos gozan de especial protección. Ello se debe no sólo a que la información personal se clasifica, según la normativa de protección de datos, como datos personales especialmente sensibles ('categorías especiales de datos'), sino también a que las mujeres son un colectivo que se ve más envuelto en situaciones de riesgo y especial vulnerabilidad, dentro del formato en línea (y fuera del mismo igualmente facilitado por las NTIC).

En relación a los principios de protección de datos, contenido negativo de este derecho fundamental emergente, cabe destacar lo siguiente. Sobre los principios de limitación y minimización, cabe anunciar que existen autores que ponen en duda su lógica en situaciones de violencia de género: por ejemplo, el principio de minimización “*debería entenderse, [...] como principio de maximización de los datos [...] tratar todos y cuantos datos resulten necesarios [...] sin restricciones basadas en un entendimiento positivista absurdo de la normativa, y contrario a las más elementales garantías de la dignidad y de la vida humana*”²⁹. Resulta totalmente cierto que toda interpretación de la norma jurídica que conduzca a un absurdo debe rechazarse. Ahora bien, nosotros entendemos que los datos que resulten necesarios para el cumplimiento de las funciones de aquellos que tengan que tramitar, y por ende tratar, datos personales no quedarán afectados por este principio, pues recordemos que, al ser la conducta constitutiva de delito, entraría en juego la Directiva Policial como norma aplicable en virtud del principio de especialidad, y esta habla de “no exceso” en lugar de la “no necesidad” del genérico reglamento europeo en la materia. Además, los principios de limitación de la finalidad y minimización de datos requieren también asegurar que el plazo de conservación sea asimismo el mínimo estricto en relación a los fines perseguidos, de tal forma que los datos personales de víctimas de violencia de género solo deberán conservarse por el tiempo que sea necesario, y siempre y cuando siga activa la finalidad para la que se recogieron³⁰, estableciéndose unas

²⁸ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; y Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales

por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

²⁹ Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Protección de datos y violencia de género. Calidad de los datos, Blog: *LOPD y Seguridad*, 11-04-2017 (<http://lopdyseguridad.es/violencia-de-genero/>, consulta: 06/05/2021).

³⁰ En tal sentido, se debe evitar la cronificación de esta información personal sensible, debiendo los responsables del tratamiento, sobre todo en lo que atañe a organismos públicos y demás entidades que prestan un servicio o ayuda a estas víctimas, a diferenciar entre situaciones que requiere de una intervención

condiciones y unos plazos para su supresión, en función del potencial ejercicio o defensa de acciones legales presentes o futuras u otros plazos previstos en la legislación nacional que obliguen al mantenimiento de determinados ficheros.

El principio de integridad y confidencialidad exige que el tratamiento se haga con las garantías y medidas técnicas de seguridad³¹, que, en el caso de información tan sensible como posibles agresiones o abusos por razón de género, así como respecto de medidas de protección y seguridad frente a los agresores, implicará indudablemente adecuar medidas físicas y técnicas para preservar la confidencialidad de este tipo de información, en aras de proteger su intimidad y prevenir su identificación o localización; lo que deberá garantizarse tanto en la recogida como en el almacenamiento y cesión de este tipo de información. Sobre esta cuestión, debemos mencionar que el principio de transparencia quedaría limitado en tanto en cuanto el derecho a la información y acceso no puede significar poner en peligro o riesgo a la víctima o su entorno socio-familiar, por lo que quedaría justificada la omisión de cierta información, o incluso la permanencia del anonimato de estas mujeres frente a sus potenciales agresores, actúen o no como investigados o demandados en un procedimiento policial o penal.

Por último, con respecto a la prohibición genérica vertida sobre el tratamiento de datos especialmente sensibles (art. 9 RGPD) como son los concernientes a una víctima de violencia de género, este sí que habla de la posibilidad de su tratamiento “cuando sea estrictamente necesario”, cuando se cumplan una serie de excepciones tasadas en el RGPD y la Directiva Policial que legitimarían la recopilación, uso, transmisión o conservación, entre otros, de este tipo de datos de carácter personal. Apreciamos como potenciales supuestos legitimadores del tratamiento los arts. 6(c) del RGPD (cumplimiento de una obligación legal) y los arts. 10(a) y (b) de la Directiva Policial (cuando esté autorizado por la normativa nacional, para el cumplimiento de una obligación legal y cuando sea necesario para proteger los intereses y derechos fundamentales de la víctima u otra persona afectada).

Muchos de los actos que calificamos en su momento como exponentes de la brecha digital por razón de género no son más que ejemplos de un fenómeno más amplio, o si se prefiere, una concreción de la violencia de género, caracterizado por el uso de las NTIC como herramientas para cometer, facilitar o agravar agresiones y abusos de índole sexual, comúnmente llamado “violencia sexual facilitada por la tecnología” (*technology-facilitated sexual violence*)³². Algunos autores han criticado el uso de este concepto o de

prolongada en el tiempo y las que son más bien puntuales, pues “una vez agotada la finalidad de la atención, se deberán cancelar los datos de las personas beneficiarias. Para los casos en los que se necesite una atención permanente o extendida en el tiempo hay que valorar si es necesario mantener los datos durante un periodo de tiempo más largo”. Vid. INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Guía para el tratamiento de datos...op.cit.*, p. 61.

³¹ Vid. Art. 9.2 (f) del RGPD y art. 4.1(f) de la Directiva Policial.

³² POWELL, A., y HENRY, N., “Technology-facilitated sexual violence victimization: Results from an online survey of Australian adults”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 34, núm. 17, 2016, pp. 3637-3665.

términos como la ‘ciberviolencia’ o ‘violencia digital’ por considerar que el énfasis en la tecnología desvía el foco de atención del debate y apunta al medio utilizado en lugar del problema subyacente de desigualdad de género. Como ya hemos aludido, no es sólo la rapidez y facilidad de acceder a la información confiada (sea de manera consciente, inconsciente o sin consentimiento) en la Red, o la incorporación de cámaras externas de alta definición en los dispositivos móviles, sino también la amplia participación en las redes sociales, así como la falta de sensibilización en materia de género que han contribuido a la comisión de actos violentos, sean de índole psicológica o física, que, en el caso concreto de las mujeres, han tendido a reforzar estereotipos y dobles estándares³³ y a materializarse a través de actos de índole sexual.

Este asalto a la dignidad e integridad se intensifica, produciendo un trastorno de estrés postraumático (en adelante, TEPT) digital con graves repercusiones psicológicas y haciendo el camino a la recuperación un imposible para aquellas que las sufren: a saber, las víctimas de la pornografía vengativa y víctimas de violencia sexual cuyas agresiones o abuso ha sido grabado y distribuido por la Red. Existe, desde luego, una tendencia preocupante en la que las NTIC se utilizan como herramienta para el abuso, intimidación y control de las mujeres³⁴. En este tipo de fenómeno, el trauma es doble y las posibilidades de re-victimización aumentan considerablemente. Por un lado, la mujer no sólo se encuentra envuelta en un acto sexual no consentido, sino que este, seguidamente, se difunde, de nuevo sin su consentimiento, por la mensajería instantánea de sus agresores, u otras aplicaciones digitales o la propia Red, perdiendo toda su intimidad y toda capacidad de control sobre la información que le concierne vertida en los recovecos digitales (desde su nombre hasta su imagen). De hecho, existen individuos que revelan información personal de estas víctimas y difunden intencionadamente contenidos comprometidos (teniendo ahora que añadir también a la realidad actual el fenómeno de las “manadas virtuales”).

En el caso de las víctimas de pornografía vengativa, encontramos una situación similar. Si bien la información personal de contenido íntimo o sexual³⁵ suele cederse, en su origen, con el consentimiento de la víctima, es la difusión no consentida a terceros la que resulta problemática; suele enmarcarse en el contexto de la ruptura de una relación íntima, y así, se concibe como práctica vengativa (de ahí su nombre estadounidense, *revenge porn*) o práctica de extorsión, demandando cualquier tipo de acto u omisión para no ponerlas a

³³ Vid., por todos, RINGROSE J., GILL R., LIVINGSTONE S., y HARVEY, L., *A qualitative study of children, young people and 'sexting': report prepared for the NSPCC*, 2012, pp. 7 y 45-47.

³⁴ Vid., LARRÁYOZ SOLA, I., “La amenaza de difundir un vídeo es intimidación típica de la agresión sexual: STS 432/2018, de 28 septiembre 2018”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2018.

³⁵ Suelen ser fotografías enviadas, mediante la práctica del sexting, y varían desde contenidos sugestivos o provocativos hasta desnudez total o parcial, seguida de otros datos personales además de la imagen, tales como el nombre, el correo o el usuario en las redes sociales o su teléfono móvil. Vid. WALKER, K., y SLEATH, E., “A systematic review of the current knowledge regarding revenge pornography and non-consensual sharing of sexually explicit media”, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 36, 2017, p. 9.

disposición del público, aunque no siempre es el caso³⁶. En este sentido, algunos consideran más apropiado hablar de “abuso” o “explotación sexual basada en imágenes”³⁷. Las últimas cifras demuestran que, por ejemplo en Facebook, se denuncian 54.000 casos al mes relativos a este tipo de conducta³⁸. Quizás lo que hace esta conducta tan horrenda no es solo “la invasión terrible de la intimidad sexual y el espacio personal” sino también que “en la mayoría de los casos se ha llevado a cabo por quien en su día fue un ser querido y una persona de confianza”³⁹. Aquí, a pesar de no haber dos actos traumáticos seguidos, pues, en principio, la fotografía o video provocativa o representando un acto de índole sexual en su origen se realizó y se envió mediando consentimiento por parte de la mujer, la divulgación posterior (y su imparable viralización) es igualmente una injerencia ilegítima en sus derechos personalísimos, en especial el derecho a la intimidad y a la protección de datos, y se asocia también a niveles altos de síntomas psiquiátricos tales como TEPT, depresión, ansiedad, neurosis, trastornos del sueño, bajos niveles de autoestima, desconfianza en las personas y en la tecnología, sentimientos de vergüenza y autoculpa, etc⁴⁰.

Además de los daños psicológicos asociados a este fenómeno, las víctimas de este tipo de ciberviolencia sexual sufren diversos daños irreparables que afectan a su vida personal y, sobre todo, profesional. Relaciones y familias quedan destrozadas y los medios de subsistencia en ocasiones se ven comprometidos⁴¹. En efecto, como hemos dicho en varias ocasiones, la universalización y perennidad de la Red no solo dificulta sino que, en determinadas circunstancias, imposibilita la capacidad de desprenderse de eventos pasados, inherentemente discriminatorios y especialmente traumáticos. Con respecto a otras garantías que ofrece la normativa europea en materia de protección de datos, debemos hablar del derecho al olvido como facultad de actuación jurídica y como garantía efectiva para la protección de este colectivo ante estas situaciones de especial riesgo de vulnerabilidad socio-digital.

³⁶ Aunque, como acertadamente apuntan algunos autores, el porno vengativo no necesariamente se hace como práctica vengativa ni por parte de una persona conocida. *Vid. INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO, Cyberviolence against women...op.cit.*, p. 2.

³⁷ POWELL, A., y HENRY, N., *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave...*op.cit.*, p. 118; y MCGLYNN, C., RACKLEY, E. y HOUGHTON, R., “Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 25, 2017, pp. 25-46.

³⁸ OTTO, C., “El infierno de la 'sextorsión': Mi exnovio llenó internet de fotos mías desnuda”, *El Confidencial*, 03-07-2017 (https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-07-03/sextorsion-porno-vengativo-porn-revenge-delitos_1406269/, consulta: 06/05/2021).

³⁹ BATES, S., “Revenge porn and mental health: A qualitative analysis of the mental health effects of revenge porn on female survivors”, *Feminist Criminology*, Vol. 12, 2016, p. 38.

⁴⁰ STAUDE-MÜLLER, F., HANSEN, B. y VOSS, M., “How stressful is online victimization? Effects of victim’s personality and properties of the incident”, *European Journal of Developmental Psychology*, Vol. 9, núm. 2, 2012, p. 263.

⁴¹ No son pocos los casos en los que se ha recurrido a despidos disciplinarios por culpa de fotos que se han publicado o distribuido por las redes sociales sin el consentimiento de la afectada.

4. EL ‘DERECHO AL OLVIDO’ COMO GARANTÍA JURÍDICA Y DIGITAL: PROPUESTAS DE FERENDA Y LEGE DATA PARA ASEGURAR LA DIGNIDAD DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE CIBERVIOLENCIA SEXUALIZADA

El acceso a cierta información personal, sobre todo aquella prevista para ser visualizada en el exclusivo contexto de una relación íntima, que la vincula, en el actual paradigma tecno-digital, eternamente con un nombre, un usuario y una serie de enlaces, perpetúa el trauma de estas mujeres, prolonga el duelo, cercena su libre desarrollo en sociedad y hace de la recuperación a menudo un imposible. Por ello, es necesario un mecanismo efectivo que permita a estas mujeres no quedar atrapadas en un túnel Funesiano en el que el recuerdo del evento traumático se convierta en “fantasma obsesivo” o “arma arrojadiza vengativa”⁴². Este mecanismo no es otro que el derecho al olvido⁴³, como garantía de una ‘evitación’ (digital).

Así lo he estudiado a fondo, proponiendo dos derechos (o subcategorías de un mismo derecho) diferenciados. De hecho, la propuesta de dos derechos al olvido no es novedosa, pues, por un lado, el propio RGPD daba pie a confusión (o, a entendimientos alternativos) al diferenciar, a lo largo de su articulado, el derecho de supresión del derecho al olvido, aunque ambos quedasen oficialmente regulados como una figura en su art. 17. De una minuciosa lectura de las disposiciones de la norma observamos que, en la parte expositiva del RGPD, encontramos alusiones a un derecho al olvido como ampliación del derecho de supresión, hablando de la supresión de enlace, copias o réplicas en el entorno en línea(Considerando 66 RGPD), alusiones a dos derechos bien diferenciados cuando se habla del ejercicio de las facultades del interesado o, concretamente “*del derecho de supresión, [del derecho derecho] al olvido*” (Considerando 156 RGPD), e incluso distinguiendo, dentro su propio listado de definiciones, entre supresión y destrucción (art. 4.2 RGPD). Por otro lado, si bien la parte expositiva de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales (en adelante, la LOPDGDD) se centra en un derecho de supresión, su parte dispositiva también ofrece distintos derechos al olvido: para el derecho de supresión (art. 15 LOPDGDD) se remite al artículo correspondiente de la norma europea, titulado “derecho de supresión (‘derecho al olvido’)” y establece, como ya hemos visto, un derecho al olvido en dos entornos digitales concretos, en búsquedas de Internet y en servicios de redes sociales y servicios equivalentes (arts. 93 y 94 LOPDGDD).

De tal modo, consideramos necesario establecer una clara diferenciación entre un derecho de supresión de información personal almacenada (sea esta digital o no), y un derecho a una suerte de restauración digital que libera a la persona de las cadenas de un pasado que

⁴² ECHEBURÚA ODRIozOLA, E., y CRUZ-SÁEZ, M.S., “De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso”, *Revista de Victimología*, núm. 1, 2015, p. 93.

⁴³ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *La garantía del derecho al olvido: protección de datos, retos futuros y propuestas de regulación de situaciones de vulnerabilidad en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Valencia, Universidad de Valencia, 2020.

no se corresponde con la realidad, pero que consta, de manera instantánea, universal y descontextualizada, como la única verdad presente para cualquiera que la busca en Internet (lo que hemos decidido llamar “derecho al libre desarrollo de la identidad digital” o a la “re-contextualización digital”). En cualquier caso, ambos pretenden ofrecer, como elocuentemente propuso MAYER-SCHÖNBERGER, un “principio de ecología”⁴⁴ en el ámbito de la mutada informática (y nosotros añadiríamos en una sociedad todavía plagada de estructuras culturales y relaciones sociales ancladas en la desigualdad).

Así, el derecho al olvido jugaría un papel importante no sólo en el restablecimiento del control de este colectivo sobre su propia información personal (de carácter íntimo, además) y como mecanismo de empoderamiento socio-digital, sino también como herramienta para el alivio del trauma constante que supone tener un rastro digital eterno e incesante de la Red y para poder llegar más fácilmente a una recuperación psico-emocional, sin tener que tomar medidas tan drásticas como cambiarse su nombre, usuario o desaparecer de las redes sociales, servicios digitales o incluso cambiar de ciudad.

Recordemos que, a nivel europeo, contamos con dos instrumentos normativos en materia de protección de datos, que reconocen, en su concreto ámbito de su aplicación, un derecho al olvido. En materia de cooperación policial y judicial en el ámbito penal, es decir, cuando la víctima denuncia, contamos con la Directiva Policial, que no sólo hace referencia a la protección de colectivos en situación de especial vulnerabilidad frente a riesgos y daños psicológicos del proceso⁴⁵ (entre los que indudablemente incluimos a las víctimas de ciberviolencia sexual), sino que también presenta, como principal objetivo, encontrar el equilibrio entre la libre circulación de datos de carácter personal y el derecho fundamental a la protección de datos. Al igual que con las víctimas de violencia de género, en el caso de víctimas de violencia de género sexual y digitalizada, la norma obliga a garantizar un nivel de seguridad y confidencialidad de los datos que se traten, e incluye el derecho de supresión cuando ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recabados en su origen, o, en su defecto, el derecho a la limitación del tratamiento (arts. 16.3 *in fine* y 16.4 de la Directiva Policial).

En lo que se refiere específicamente al derecho al olvido, observamos que la norma lo contempla en su faceta de derecho de supresión, para el que encontramos un par de supuestos habilitadores: cuando la supresión sea una obligación legal y cuando el tratamiento se haya realizado vulnerando cualquiera de los principios de protección de datos, siendo, por ende, ilícito (art. 16.2 de la Directiva Policial). No obstante, es de sobra conocido que, ante delitos como son los adscritos a este tipo de ciberviolencia, las autoridades competentes, fuera de lo que son medidas de investigación tecnológicas que ellos mismos como responsables del tratamiento garantizan que se realicen acorde con la

⁴⁴ *Vid.* MAYER-SCHÖNBERGER, V., *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, New Jersey, Princeton University Press, 2009, pp. 157-164.

⁴⁵ *Vid.* Considerandos 39, 50 y 75 del RGPD.

normativa de protección de datos⁴⁶, aseguran también, como medida cautelar, el bloqueo o la prohibición de seguir difundiendo el contenido dañoso. Tal y como nos recuerdan algunos autores, el objetivo es evitar que se siga produciendo un daño a la víctima, agravando el ya estudiado TEPT digital, siendo ambas consecuencias lesivas y continuadas del delito⁴⁷.

No obstante, con independencia de que la víctima de este tipo de violencia denuncie su agresión u abuso sexual o tecnológico, y ello devenga, o no, en un proceso judicial, el responsable del tratamiento, sea una red social o un motor de búsqueda, también estará obligado a la supresión o a la desindexación, si así lo solicita la víctima, cuando se dé uno de los supuestos que contempla el art. 17 RGPD, el segundo instrumento normativo europeo relevante en materia de protección de datos.

Así, fuera del contexto policial y judicial, debemos, en primer lugar, hablar de la falta de consentimiento como uno de los títulos habilitantes para ejercer el derecho al olvido, en cualquiera de sus facetas, pues el principio del consentimiento determina la licitud del tratamiento⁴⁸, por lo que la vulneración del mismo resultará en un tratamiento ilícito. El derecho al olvido, directamente ligado con el consentimiento, actúa como mecanismo de empoderamiento y autodeterminación en el control de los datos de carácter personal, y como garantía para eliminar o impedir el acceso y utilización sucesiva de datos personales, precisamente cuando su tratamiento deja de estar (o, como en este caso, nunca estuvo) autorizado por el interesado (art. 17.2 RGPD). Las víctimas de ciberviolencia sexual no tienen por qué soportar la omnipresencia de sus datos personales (sea su imagen, su nombre, o cualesquiera otra información identificativa) en la Red, sobre todo cuando no existe interés alguno, o suficiente, que justifique su permanencia.

En efecto, la falta de condición de personaje público de la víctima y la falta de necesidad de revelar su identidad o contenidos tan sensibles como el video de su agresión o su nombre completo, DNI, o los usuarios de las cuentas digitales que poseía, a pesar de quizás ser un hecho noticiable o de interés periodístico, hace que el tratamiento de estos datos personales se considere desproporcionado y excesivo. Este fue el caso, en España, de la filtración de los datos personales de la víctima de la Manada de Pamplona, y Google, como motor de búsqueda y responsable del tratamiento, aplicó el derecho al olvido digital, eliminando los enlaces y su localización en su página de resultados tras una búsqueda nominativa⁴⁹. Según otras fuentes, los demás buscadores populares en España tardaron

⁴⁶ Ello incluye, pero no se limita a, interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones, captación de imagen seguimiento y localización, registro de dispositivos o equipos...*Vid.*, en tal sentido, PALOP BENLLOCH, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia...*op.cit. pp. 129-166.

⁴⁷ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 309-311.

⁴⁸ Se consagra como premisa para la licitud y legitimación del tratamiento según lo establecido en el art. 6.1(a) RGPD.

⁴⁹ *Vid.*, por todas las noticias, CASTRO, N, “Google borra los datos filtrados de la víctima de ‘La Manada’”, *El Plural*, 04-05-2018 (https://www.elplural.com/sociedad/google-borra-los-datos-filtrados-de-la-victima-de-la-manada_127319102, consulta: 06/05/2021)

más en hacer desaparecer su rastro, lo que supuso que, según la herramienta ‘Google Trends’ (que cuantifica el interés que registra la búsqueda de un término concreto), en cuestión de 24 horas, la popularidad máxima de su nombre fuera del cien por cien⁵⁰. Ello no sólo produjo una revictimización tan grave que la obligó a someterse a diferentes tratamientos psicológicos, sino también al abandono de sus estudios e incluso a su huida al extranjero. Por ello, compartimos las reflexiones DE VERDA Y BEAMONTE en lo que se refiere a la protección absoluta del anonimato de víctimas de delitos gravemente atentatorios contra la dignidad (en los que incluye los delitos sexuales y la violencia contra la mujer) y en sus reflexiones acerca de la proyección social no habitual (sino que es forzada por su condición de víctima en un proceso judicial mediático) en lo que atañía a su identificación; se trata de una identificación que califica de intolerable “*ya que la revelación de su identidad no era necesaria para informar a la sociedad del suceso*”⁵¹.

De hecho, damos un paso más. Por un lado, proponemos el derecho al olvido como mecanismo para prevenir la victimización secundaria y evitar intromisiones indebidas a su intimidad, pues funciona como mecanismo de eliminación y de disociación de los recuerdos del evento traumático (o en sí, del propio evento), y, por ende, como herramienta para el mantenimiento del equilibrio emocional. Por otro, consideramos que la excepción periodística que contempla la regulación del derecho al olvido en el art. 17.3(a) RGPD no es aplicable en estos supuestos puesto que, la necesidad de informar sobre la identidad de la víctima que sufre un suceso violento de trascendencia social no supera el examen de proporcionalidad, y, en muchas ocasiones, dicha revelación y divulgación de información personal nutre más la satisfacción de la curiosidad mórbida y produce juicios mediáticos y sociales paralelos⁵². Así, al igual que se debe mirar la naturaleza del delito, también debe mirarse la situación especial de la víctima que sufre sus consecuencias (la “situación particular” de la persona afectada⁵³), y, ante la duda, en la era digital actual, ofrecerle las mayores garantías a su intimidad y su derecho fundamental a la protección de datos, que no tienen otro objetivo que garantizar su seguridad, integridad y dignidad.

En el caso de las víctimas de violencia sexual digitalizada, nos encontramos con doble fundamento, pues ni el acto sexual fue consentido ni el material audiovisual fue grabado

⁵⁰ EL CONFIDENCIAL, “Google borra las pistas que permiten identificar a la víctima de ‘La Manada’”, *El Confidencial*, 04-05-2018 (<https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/vivir/Google-permiten-identificar-victima-Manada/20180503174719089349.html> , consulta: 06/05/2021)

⁵¹ DE VERDA BEAMONTE, J.R., “Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas. Comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6 (febrero), 2017, pp. 282-284.

⁵² Ese “afán voraz del público por acceder a cualquier detalle” y a los “juicios paralelos” o “transformación del proceso mismo en una especie de espectáculo informativo”. *Vid.* SERRA CRISTOBAL, R., “Los derechos de la víctima en el proceso penal vs. medios de comunicación. Especial referencia a las víctimas de violencia por motivos de género”, *Revista española de derecho constitucional*, Vol. 35, núm. 103, 2015, pp. 199-230.

⁵³ Por utilizar la terminología *pro personae* por la que ha optado en los últimos años el TJUE al interpretar la antigua Directiva de Protección de Datos y el actual RGPD.

con su consentimiento (y mucho menos lo fue su difusión). En el caso de las víctimas de pornografía vengativa, si bien el material audiovisual fue grabado y compartido mediando consentimiento, su distribución a terceros o su publicación en abierto en la Red no lo fue. A tal efecto, las redes sociales contemplan la supresión de contenidos de esta índole en sus directrices internas y normas de la red social. En lo que nos interesa, Facebook⁵⁴, por ejemplo, tiene como política interna (así al menos consta en su ‘libro de normas’ sobre las publicaciones que permite en su red social) eliminar: (i) contenidos que van en contra de la seguridad personal, es decir, que produzcan riesgo de daños físicos, emocionales o financieros (*Safety*), incluyendo imágenes de violencia sexual en adultos, explotación sexual de menores (tal y como imágenes de menores desnudas o semi-desnudas) o cualquier otro tipo de imagen no consentida por la persona afectada (*Privacy Violations and Image Privacy Rights*); o (ii) contenidos considerados ofensivos (*Objectionable content*) tales como aquellos que glorifican la violencia, desnudez y actividad sexual en adultos y contenidos que consideren crueles e insensibles, incluidos aquellos dirigidos a víctimas de daños físicos o emocionales⁵⁵.

Sin embargo, si bien es cierto que, en ocasiones, esto ha supuesto la eliminación de contenidos inofensivos o necesarios para el debate público, lo que ciertas voces críticas han calificado como censura⁵⁶, consideramos esta práctica como protectora de los derechos fundamentales de las víctimas de violencia de género digital y articuladora del principio *favor libertatis* (o si se prefiere, *pro personae*), pues, como hemos visto, la eliminación de contenidos publicados en servicios digitales es reversible, mientras que la reputación y salud mental de aquellas que sufren la publicación y distribución de contenido tan nocivo no lo es; estas personas (mujeres en su mayoría) no pueden permitirse el error (ni deben asumir cadenas perpetuas) de que sus datos personales e imágenes tan comprometidas, fueran consentidas o no en su origen, queden universal e ilimitadamente accesibles.

Así también parecen haberlo entendido las agencias y autoridades independientes para estos fenómenos concretos de ciberviolencia sexual. De hecho, en numerosas ocasiones han tenido que intervenir y colaborar con las autoridades judiciales y policiales para evitar mayor disponibilidad y accesibilidad a este tipo de contenidos. Por citar el caso español, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, la AEPD) el año pasado inauguró un espacio web de ayuda a la protección de la privacidad de las víctimas de ciberviolencia de género en el contexto de acoso digital, sextorsión o pornografía vengativa. Ello incluye no sólo información práctica para proteger su privacidad, qué

⁵⁴ Facebook se basa en denuncias de este tipo de contenido (*flagged content*) y simultáneamente hace uso de sistemas de Inteligencia Artificial y equipos de revisores para una identificación y ejecución más eficaz de sus estándares comunitarios.

⁵⁵ FACEBOOK, *Community Standards*, Facebook, 2018. Disponible en: <https://www.facebook.com/communitystandards/>

⁵⁶ HERNÁNDEZ BORBOLLA, M., “Censura y control de internet: ¿qué poder y alcance tienen Facebook, Google y Twitter?”, *RT*, 17-09-2019. Disponible en: <https://actualidad.rt.com/actualidad/327362-censura-control-internet-poder-redes-sociales>

servicios están a su alcance y cómo proceder, sino también, y en lo que concierne al tema objeto de estudio, a través de un canal específico, facilitar y expeditar los procedimientos de retirada urgente de contenidos sexuales o violentos, difundidos ilícitamente tras su comunicación⁵⁷. Así, observamos que el derecho al olvido como derecho de supresión (o retirada de contenidos nocivos) y el derecho al olvido digital como desvinculación de datos personales con esos contenidos nocivos supone devolverle a la víctima de ciberviolencia sexual un poder de control y un poco de dignidad, saqueada en el mundo virtual por razones perversas e injustificables por su agresor⁵⁸. En efecto, la normativa de protección de datos contribuye a proteger la seguridad de este colectivo a través de numerosos mecanismos que, tanto *a priori*, como *a posteriori* (como es el caso del derecho al olvido), y junto con otras medidas preventivas necesarias fuera del ámbito de la protección de datos, evitan o, al menos, reducen los daños físicos, psíquicos, familiares, sociales, laborales o económicos experimentados, tanto por las conductas reprochables de los perpetradores como por la re-victimización derivada de un inadecuado tratamiento de su información personal, incluso por aquellos designados a ayudar y protegerlas.

Una de estas garantías, en tanto facultad de actuación jurídica, y parte del contenido positivo del derecho fundamental⁵⁹ a la protección de datos, es el derecho al olvido, ya sea entendido como derecho al borrado de datos (o retirada de los contenidos lesivos) o como derecho a la descontextualización o “re-contextualización”⁶⁰ (desvinculando los enlaces con contenidos lesivos basados en datos personales), supone devolver a la víctima de la ciberviolencia sexual un poder de control y algo de dignidad, aquella que fue saqueada en el mundo virtual por razones perversas e injustificables por sus agresores u otros interesados en opinar sobre tal afrenta a su dignidad personal.

5. CONCLUSIÓN

Si bien somos seres de carne y hueso, parte de nuestra vida está en la Red, troceada, desordenada y desperdigada en bits y bytes, pero fácilmente recuperable y presentada en

⁵⁷ Sobre este servicio, la propia AEPD destaca que “Nuestra imagen, [...] fotos y videos [...] es un dato personal y para su difusión en los diferentes servicios de internet debe existir nuestro consentimiento u otra base legal. La Agencia [...] encargada de tutelar el derecho de supresión en caso de que el responsable de la publicación de contenidos en redes sociales y otros sitios [...] no responda a la solicitud de supresión [...] En situaciones excepcionalmente delicadas, cuando las imágenes tengan contenido sexual o muestren actos de agresión [...] poniendo en alto riesgo los derechos y libertades [...] especialmente víctimas de violencia de género [...] prestadores de servicios online pueden no resultar suficientemente eficaces y rápidos para evitar la difusión continuada de las imágenes [...] Las reclamaciones recibidas por este canal serán analizadas de forma prioritaria [...] si fuera preciso, la adopción de medidas urgentes que limiten la continuidad del tratamiento de los datos personales”.

⁵⁸ Que, recordemos además son también responsables del tratamiento, según la jurisprudencia del Asunto C-101/01, *Lindqvist*, STJUE de 6 de noviembre de 2003, quedando expuestos a las sanciones pertinentes por el incumplimiento de la normativa de protección de datos, además de las correspondientes a las demás infracciones penales.

⁵⁹ Así sea reconocido no sólo a nivel europeo (de manera directa del art. 8 CDFUE y, de manera indirecta, a través de la jurisprudencia del TEDH del art. 8 CEDH), sino también nacional (art. 18.4 CE y su interpretación por parte del TC desde las sentencias 290/2000 y 292/2000 de 30 de noviembre).

⁶⁰ Así lo he propuesto en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *La garantía del derecho al olvido...op.cit.*

un formato estructurado (si bien fuera de su contexto) en cuestión de un solo clic. Una vida libre de agresiones e intimidaciones (presenciales o a distancia) no sólo es un derecho fundamental de toda persona, sino que en el caso de las mujeres afectadas por la violencia (incluida la digital), esta máxima axiológica requiere de especiales garantías que aseguren su igualdad, libertad, y, en última instancia, su dignidad. Ante las nuevas realidades socio-digitales, el Derecho se ha ido adaptando y el marco europeo de protección de datos se ha ampliado para ofrecer nuevos mecanismos de protección.

En el caso específico del derecho al olvido, garantía específica (facultad de actuación jurídica parte del contenido positivo) del derecho fundamental a la protección de datos, se pretende restaurar la capacidad de control de la propia información personal, frente a situaciones digitales y relaciones sociales que, por su propia naturaleza, nacen desequilibradas, convirtiéndose no sólo en una garantía de autodeterminación informativa, y de empoderamiento, sino también en una garantía de recuperación de algunos de los males más atroces de la era digital actual. En el caso específico de la mujer, como víctima de ciberviolencia (general y desgraciadamente sexualizada), esta requiere de salvaguardas específicas.

Así las cosas, las mujeres víctimas de violencia de género constituyen un colectivo en situación de especial vulnerabilidad en el entorno virtual, y, por ende, son beneficiarias necesarias de la protección que supone la garantía del derecho al olvido, como arma digital de empoderamiento y resiliencia, para ubicarlas en condiciones de igualdad efectiva, con el fin de evitar una eventual re-victimización. Una de estas salvaguardas específicas estudiadas ha sido el derecho al olvido, bien entendido como el borrado de datos personales o como la desvinculación de enlaces o contenidos indexados a través de datos personales. Este derecho protege una amalgama muy variada de derechos fundamentales y, en lo que a las víctimas de la violencia de género digital se refiere, además responde al principio *pro personae*.

Por ello, esta contribución se ha centrado en examinar la configuración del derecho al olvido y la re-configuración de otros aspectos de la normativa actual de protección de datos ante los desafíos de dos casos concretos de violencia digital contra la mujer, con el fin de revertir situaciones impuestas de vulnerabilidad e indefensión derivada de la especificidad de la realidad socio-digital y con el fin de asegurar un empoderamiento femenino y una igualdad efectiva, contribuyendo a hacer del mundo virtual (igual de real y relevante que el de carne y hueso) uno más igualitario, justo y más digno.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, <https://fra.europa.eu/es/publication/2020/violencia-de-genero-contra-las-mujeres-una-encuesta-escala-de-la-ue-resumen-de-las>

BATES, S., “Revenge porn and mental health: A qualitative analysis of the mental health effects of revenge porn on female survivors”, *Feminist Criminology*, Vol. 12, 2016, pp. 22-42.

BLAZQUEZ GRAF, N. y FLORES, J., *Ciencia, tecnología y género en Iberoamérica*, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2005.

CASTRO, N, “Google borra los datos filtrados de la víctima de ‘La Manada’”, *El Plural*, 04-05-2018, https://www.elplural.com/sociedad/google-borra-los-datos-filtrados-de-la-victima-de-la-manada_127319102

DE VERDA BEAMONTE, J.R., “Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas. Comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6 (febrero), 2017, pp. 278-291.

ECHEBURÚA ODRIozOLA, E., y CRUZ-SÁEZ, M.S., “De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso”, *Revista de Victimología*, núm. 1, 2015, pp. 83-96.

EL CONFIDENCIAL, “Google borra las pistas que permiten identificar a la víctima de ‘La Manada’”, *El Confidencial*, 04-05-2018, <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/vivir/Google-permiten-identificar-victima-Manada/20180503174719089349.html>

ESTEBÁNEZ, I. y VÁZQUEZ, N., *La desigualdad de género y el sexism en las redes sociales. Una aproximación cualitativa al uso que hacen de las redes sociales las y los jóvenes de la CAPV*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2013,

FERNÁNDEZ, A., “Sesgo de los algoritmos en el Big Data: una perspectiva desde la protección de datos”, *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género* (dir. Gorjón, M.C.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, pp. 1291-1301.

FERREIRO, V., *La brecha digital digital, una nueva forma de discriminación hacia las mujeres. La toma de decisión en los usos de internet*, Palma, Edicions UIB, 2014.

FERREIRO, V., VILÀ, R., y PRADO, N., “Experiencias sexistas en las redes sociales. Perpetuando la violencia de género”, *Psicología y Educación: Presente y Futuro* (coord. Castejón, J.L.), Alicante, ACIPE, 2016, pp. 582-590.

FLORES FERNÁNDEZ, J., “Privacidad, factor de riesgo y protección en la violencia digital contra las mujeres”, *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención* (coord. Verdejo, M.A.), Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, 2015, pp. 313-321.

HERNÁNDEZ BORBOLLA, M., “Censura y control de internet: ¿qué poder y alcance tienen Facebook, Google y Twitter?”, *RT*, 17-09-2019, <https://actualidad.rt.com/actualidad/327362-censura-control-internet-poder-redes-sociales>

HARRIS, B., “Spacelessness, Spatiality and Intimate Partner Violence: Technology-facilitated Abuse, Stalking and Justice”, en AA. VV. *Intimate Partner Violence, Risk and Security: Securing Women’s Lives in a Global World*, Nueva York y Oxon, Routledge, 2018, pp. 52-70.

INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO, *Cyber violence against women and girls*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017, <https://eige.europa.eu/publications/cyber-violence-against-women-and-girls>

LARRÁYOZ SOLA, I., “La amenaza de difundir un vídeo es intimidación típica de la agresión sexual: STS 432/2018, de 28 septiembre 2018”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2018.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *La garantía del derecho al olvido: protección de datos, retos futuros y propuestas de regulación de situaciones de vulnerabilidad en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Valencia, Universidad de Valencia, 2020.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Protección de datos y violencia de género. Calidad de los datos, Blog: *LOPD y Seguridad*, 11-04-2017, <http://lopdyseguridad.es/violencia-de-genero>

MASFERRER DOMINGO, A., “Vulnerability and Dignity in the Age of Rights”, en AA. VV., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Basel, Springer, 2016, pp. 1-29.

MAYER-SCHÖNBERGER, V., Delete. *The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, New Jersey, Princeton University Press, 2009.

MCGLYNN, C., RACKLEY, E. y HOUGHTON, R., “Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 25, 2017, pp. 25-46.

MONTIEL JUAN, I., “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 22, 2016, pp. 119-131.

MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

OCDE, *Report: Bridging The Digital Gender Divide. Include. Upskill. Innovate*, OCDE, 2018, <https://www.oecd.org/digital/bridging-the-digital-gender-divide.pdf>

OMS, Resumen de orientación Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud, OMS, Ginebra, 2013.

OTTO, C., “El infierno de la 'sextorsión': Mi exnovio llenó internet de fotos mías desnuda”, *El Confidencial*, 03-07-2017, https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-07-03/sextorsion-porno-vengativo-porn-revenge-delitos_1406269

PALOP BENLLOCH, M., *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género a través de Internet. Vulnerabilidad de la menor en sus relaciones de pareja, ciberacoso y derecho al olvido*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

PERONI, L. y TIMMER, A., “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1056-1085.

POWELL, A., y HENRY, N., Sexual Violence in a Digital Age, Melbourne, Palgrave MacMillan, 2017.

POWELL, A., y HENRY, N., “Technology-facilitated sexual violence victimization: Results from an online survey of Australian adults”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 34, núm. 17, 2016, pp. 3637-3665.

QUESADA AGUAYO, M.S., “La violencia de género y el ciberacoso en las redes sociales: análisis y herramientas de detección”, *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención* (coord. Verdejo, M.A.), Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, 2015, pp. 111-226.

QUESADA AGUAYO, M.S., “Género y discriminaciones asociadas al hecho de ser mujer”, *Manual Agentes de Igualdad* (coord. Román Onsaló, M.), Sevilla, Diputación de Sevilla, 2009, pp. 30-42.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El sentido actual de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, (dir. Martín, M.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 137-164.

RINGROSE J., GILL R., LIVINGSTONE S., y HARVEY, L., A qualitative study of children, young people and ‘sexting’: report prepared for the NSPCC, 2012, http://www.nspcc.org.uk/Inform/resourcesforprofessionals/sexualabuse/sextинг-research-report_wdf89269.pdf

- SALA ORDOÑEZ, R., “L'estat embrionari de la violència de gènere digital”, *Món Jurídic: Revista de l'il·Lustre Col·Legi de l'advocacia de Barcelona*, núm. 323 (junio-julio), 2019, pp. 20-21.
- SANDELL, S., “Dating Apps, Rape and the Lack of Safety in Online Dating”, *HuffPost Blog*, 24-02-2016.
- SERRA CRISTOBAL, R., “Los derechos de la víctima en el proceso penal vs. medios de comunicación. Especial referencia a las víctimas de violencia por motivos de género”, *Revista española de derecho constitucional*, Vol. 35, núm. 103, 2015, pp. 199-230.
- STAUDE-MÜLLER, F., HANSEN, B. y VOSS, M., “How stressful is online victimization? Effects of victim's personality and properties of the incident”, *European Journal of Developmental Psychology*, Vol. 9, núm. 2, 2012, pp. 260-274.
- VILLANUEVA-BLASCO, V.J. y SERRANO-BERNAL, S., “Patrón de uso de internet y control parental de redes sociales como predictor de sexting en adolescentes: una perspectiva de género”, *Revista de Psicología y Educación*, Vol. 14, núm. 1, 2019, pp. 16-26.
- WALKER, K., y SLEATH, E., “A systematic review of the current knowledge regarding revenge pornography and non-consensual sharing of sexually explicit media”, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 36, 2017, pp. 9-24.

El retorno del derecho laboral. A propósito de la “Ley Rider” y el caso GLOVO

The return of labor law. About the “Rider Law” and the GLOVO case

ERIKA BÁEZ LAGUNA

Doctoranda en Derecho Público

Universidad Americana (Nicaragua)

elaguna1184@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-1003-1113>

Resumen: En este artículo se realiza un análisis de las plataformas digitales de reparto, y cómo su surgimiento ha modificado las relaciones laborales tradicionales, dando como resultado que el desarrollo de estas plataformas originen otros modelos de negocios, que desarrollan su actividad a partir de una App, modificando la forma de contratación, por ende el tipo de relación contractual, y es a través de las demandas presentadas que el TS por medio de la Sentencia núm. 805/2020, conoce y califica la prestación de servicios prestada por un rider como un vínculo de carácter laboral, convirtiéndose en un fallo unificador y pionero que por su trascendencia se hace necesario analizarlo, examinando las diferencias entre un trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) y un trabajador por cuenta ajena, profundizando en los indicios de ajenidad y subordinación, así como la forma de prestación de servicios de recogida y entrega de pedidos realizada por los repartidores de GLOVO, o lo que se ha denominado crownsorting -off line-. En consecuencia y cumpliendo con dicho fallo, se aprueba el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, conocida como “*Ley Rider*”, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por lo cual valoraremos la trascendencia de esta normativa y sus efectos.

Abstract: *In this article an analysis is made of digital delivery platforms, and how their emergence has changed the traditional labor relations, resulting in the development of these platforms originating other business models, which develop their activity from an App, modifying the form of hiring, therefore, the type of contractual relationship, and it is through the lawsuits*

Recepción: 06/09/2021

Aceptación: 17/11/2021

Cómo citar este trabajo: BÁEZ LAGUNA, Erika, “El retorno del derecho laboral. A propósito de la “Ley Rider” y el caso GLOVO”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 235-259, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.09>

filed, that the SC, through the Judgment no. 805/2020, knows and qualifies the provision of services rendered by a rider as an employment relationship, becoming a unifying and pioneering ruling which due to its transcendence it is necessary to analyze it, examining the differences between a self-employed worker economically dependent (TRADE) and an employee, delving into the signs of dependence and subordination, as well as the form of provision of services of collection and delivery of orders made by GLOVO delivery drivers, or what has been called crowsorting -off line-. Consequently, and in compliance with said ruling, Royal Decree-Law 9/2021 of May 11, known as the "Rider Law", was passed, which amends the revised text of the Workers' Statute Law, for which reason we will assess the significance of this regulation and its effects.

Palabras claves: plataformas digitales, repartidores, relación laboral, trabajo presencial, TRADE, GLOVO.

Keywords: *digital platforms, riders, employment relationship, crowsorting off line, TRADE, GLOVO.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO. 3. CASO GLOVO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA UNIFICADORA. 3.1. GLOVO ¿Qué tipo de empresa es? 3.2. Tipo de contratación: trabajador autónomo o TRADE. 3.3. Dependencia y ajenidad: elementos claves del contrato de trabajo. 3.3.A. Dependencia. 3.3.B. Ajenidad. 3.4. Forma y jornada de trabajo. 3.5. Remuneración a los riders. 3.6. Sistema de puntuación . 3.7. Poder sancionador de Glovo. 3.8. App de Glovo. 3.9. La geolocalización. 4. CAUSA Y EFECTOS DE LA “LEY RIDER”. 4.1. Aciertos de la “Ley Rider”. 4.2. Críticas a la “Ley Rider”. 5. REFLEXIONES FINALES: EL FUTURO DEL DERECHO LABORAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El surgimiento de las plataformas digitales de reparto está teniendo un gran impacto en nuestro diario vivir, afectando lógicamente nuestras relaciones y dentro de ellas las laborales; transformando la forma de contratación, evidenciando los términos contradictorios que muchas veces plantean el debate. Formulándose una pregunta general y abstracta, ¿qué clase de contrato hay entre las plataformas digitales y su personal?¹, en este trabajo partiremos estudiando las plataformas digitales y su efecto sobre la despersonalización del trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), ha expresado que las plataformas digitales de trabajo proporcionan nuevas fuentes de ingresos a muchos trabajadores en diferentes partes del mundo, “pero la dispersión inherente a ese tipo de trabajo en múltiples jurisdicciones internacionales dificulta el control del cumplimiento

¹ CÁMARA BOTÍA, A., “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 222, 2019, p. 13.

de las legislaciones laborales aplicables”², es tanto el desarrollo que han tenido que hemos aprendido a modificar nuestro lenguaje, “ya no hablamos de personas sino de riders, hemos sustituido el trabajo por gigs y el despido por desconexión de la plataforma”³.

Se preguntaba el escritor Eduardo Galeano⁴ si los derechos de los trabajadores es ¿un tema para arqueólogos?, hoy por hoy, es un tema que se encuentra vívido que ha tomado auge a partir de las plataformas digitales (especialmente las de reparto), si se piensa puede ser un contrasentido, porque se habla mucho de la “huida del derecho laboral”, sin embargo, con algunas sentencias, principalmente la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social (en adelante STS), número 805/2020, de Madrid, de 25 de septiembre 2020 y la reforma al Estatuto de los Trabajadores, es palpable el auge y el desarrollo del derecho laboral.

Sin duda alguna es de gran importancia profundizar en la variedad de temas que se desprenden de la Sentencia antes dicha, partiendo de los elementos claves de toda relación laboral; como son dependencia y ajenidad. Exploraremos el alcance de Glovo como empresa tecnológica, pero que a su vez se presenta como una organización empresarial que requiere de personal para desarrollar un catálogo de servicios y productos, encargo que no es establecido de manera convencional sino asignado por un algoritmo que utiliza inteligencia artificial.

Las Apps desempeñan una función vital en la organización del negocio de las plataformas digitales y las de reparto no son la excepción, pues ella es el centro de la operación haciendo posible saber exactamente la posición del repartidor, además la App es capaz de enviar la tarea a realizar, en qué dirección y quién es el destinatario final; estos elementos permiten establecer un escalafón dentro de los riders, de acuerdo al cumplimiento de zonas y franjas horarias, indiscutiblemente el papel de la App en este caso específico como es la de Glovo, es la clave de este andamiaje digital.

No cabe duda de que se generan interrogantes sobre la laboralidad o no de la relación. Al momento de estudiar los elementos claves de la laboralidad podemos resaltar aquellos que cuestionan nuestra concepción sobre lo que es un trabajador, afirma CÁMARA BOTÍA que existen factores que ponen en duda la laboralidad “una prestación personalísima, al admitirse la subcontratación; la subordinación del trabajador a la organización empresarial, por disponer el trabajador de libertad para decidir si, cuánto, dónde y cómo trabaja sin sometimiento a los poderes empresariales de vigilancia y sanción; y la ajenidad del trabajo, por aportar el trabajador lo que se considerarían instrumentos fundamentales de trabajo como serían el vehículo y el teléfono móvil en el

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Trabajar para un futuro más prometedor”, *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo Oficina Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2019, p. 46, (https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/WCMS_662442/lang--es/index.htm, consulta: 11/8/2021).

³ GINÈS I FABRELLAS, A. “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “LEY RIDER. *IusLabor* 2, 2021, p. 1, (<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/389840/483253>, consulta: 28/7/2021).

⁴ GALEANO, E. “Los derechos de los trabajadores: ¿un tema para arqueólogos?”, *Conferencia Latinoamericana y Caribeña de Ciencias Sociales (CLASCOS)*, 2012, Distrito Federal, México.

caso de las plataformas digitales de reparto y pequeño transporte”⁵, podemos agregar a ello el papel de las App y el poder de la geolocalización, aspectos que terminan de matizar estas nuevas formas de contratación.

Aspectos que se han planteado y aprobado desde la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, pasando por la Directiva 91/533/CEE del Consejo⁶ que fue derogada, expresando en su Considerando 4: “Algunas formas nuevas de empleo pueden divergir significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales...”, antes de esta Sentencia se presentaba un obstáculo, habían opiniones contradictorias sobre el tema de los riders y con esta Sentencia se logra la unificación de los criterios.

Todo lo que hasta aquí hemos expresado, ha dado como resultado la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo⁷, conocida como “*Ley rider*”, la cual nace a causa de la Sentencia unificadora del TS y sus efectos, aunque es demasiado pronto conocerlos ya se han empezado a sentir⁸ a pocas semanas de su entrada en vigor⁹.

2. LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO

La evolución digital ha dado paso a las transformaciones económicas, dejándonos varios conceptos tal como lo señala AGOTE¹⁰, “... *on-demand economy* (literalmente traducida como economía bajo demanda); o *sharing/collaborative economy* (economía colaborativa), *gig economy* (economía de pequeños encargos), *crowd-based economy* (economía basada en la multitud/gente)”, evoluciones que han mutado en novedosas relaciones contractuales.

Para TODOLO SIGNES, la *Gig economy* “está formada por aquellas empresas que a través de una plataforma virtual (app, página web, etc...) organizan la prestación de un servicio”¹¹, y describe tres elementos y citamos: “a) por una parte, los “solicitantes”, que

⁵ CÁMARA BOTÍA, A., “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo? *op. cit.* p. 14.

⁶ Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10811>, consulta: 11/8/2021).

⁷ Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

⁸ GUTIÉRREZ, H.; LARA, D., “Deliveroo se propone cerrar su división española”, *El País*, 2021, (<https://elpais.com/economia/2021-07-30/deliveroo-se-propone-cerrar-su-division-espanola.html>, consulta: 31/07/2021).

⁹ La “Ley Rider” entrará en vigencia el 12 de agosto 2021, exactamente tres meses después de su aprobación.

¹⁰ AGOTE EGUIZABAL, R. “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”. *Iuslabor* núm. 1. 2017, p. 3, (71484e3b-703b-00d2-d6c2-fc2771db6bc6 (upf.edu), consulta: 29/07/2021).

¹¹ TODOLÍ SIGNES, A., “Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)”, Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, número 140, 2017/18, p. 96.

son empresas o particulares que requieren que se realice en su beneficio una prestación de un servicio; b) los trabajadores que prestan los servicios; c) y, en tercer lugar, las plataformas virtuales que se encargan de utilizar las tecnologías de la información para unir oferta y demanda y que perciben un porcentaje por cada prestación de servicios realizada”¹², el tema que hoy abordamos aborda a la perfección esa relación a tres bandas y las complejidades que resultan producto de su interacción.

La forma de trabajo que se origina a raíz del surgimiento de las plataformas digitales, nos lleva a dos características fundamentales¹³; la despersonalización de la prestación de trabajo genera que ya no estemos ante un trabajador tradicional, ahora estamos ante trabajador impersonal, por momentos invisible o en ocasiones sin ser llamado trabajador, sustituyéndolo por el término *rider*, pudiendo llevarse a cabo por un número indeterminado de trabajadores, tal como señala TRILLO PÁRRAGA, “en una suerte de concurrencia entre trabajadores (*crowdwork*)”¹⁴, y otra característica del trabajo de las plataformas es que se realiza a través de una App, la cual debe ser descargada por los usuarios, registrarse e iniciar esa “conexión coordinada y triangular entre empresario, cliente y trabajador”¹⁵.

De lo que no cabe duda, es que todas las plataformas digitales funcionan bajo la necesidad de una demanda, el nacimiento del término “*on demand economy*”, atiende a tres elementos tal como lo señala AGOTE¹⁶; a) La digitalización, la RAE lo define como registrar datos en forma digital que implica desmaterialización; b) La capacidad tecnológica, es el poder de captar y contar tanto con demandantes de bienes y servicios como de potenciales oferentes; c) Programas informáticos que cuentan con geolocalización, trazado de actividad y sistemas de pago, entre otros.

Señala FERNÁNDEZ PRIETO¹⁷, que dentro del diverso mundo de las plataformas digitales es necesario distinguir entre dos tipos; *crowdsourcing offline*, que exige disponibilidad y localización del prestador¹⁸, además de presencialidad, y *crowdsourcing online*, que se ejecutan o entregan a través de la red, sin contacto físico entre el proveedor del servicio y el cliente, que pueden estar muy distantes geográficamente. Expresa BELTRÁN DE HEREDIA, que mientras la forma offline tiene un ámbito de ejecución

¹² TODOLÍ SIGNES, A., “Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)”, op. cit., p. 96.

¹³ TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, número 76, 2016, p. 67.

¹⁴ TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵ TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *op. cit.* p. 68.

¹⁶ AGOTE EGUILAZBAL, R. “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ FERNÁNDEZ PRIETO, M. “La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo”. *Temas laborales*, número 1451, 2020, p. 196.

¹⁸ No simplemente lo localiza, también controla, organiza, evalúa la prestación del servicio, lo que le permite sancionarlo y “desconectarlo”.

esencialmente local, la forma online se desarrolla a través de internet, sus operadores (plataformas, clientes y trabajadores) pueden exceder fácilmente este entorno¹⁹.

Afirma DE ESTEFANO que “desde el punto de vista teórico, existe el riesgo de que estas actividades ni siquiera se reconozcan como trabajo. Para muestra, un botón: a menudo se les denomina “bolos”, “tareas”, “favores”, “servicios”, “trayectos”, etc. Los términos “trabajo” o “trabajadores” apenas se emplean en este contexto, y la propia denominación de “gig economy” lo deja perfectamente claro, dado que este término suele emplearse para indicar un tipo de dimensión paralela en la que la protección laboral y los reglamentos de empleo se da por descontado que no se aplican”²⁰, el contexto que nos plantea DE ESTEFANO es la no aplicación del derecho laboral, en consecuencia, la desprotección del trabajador.

Provocando tal como lo afirma TRILLO PÁRRAGA, “un proceso donde las fronteras entre trabajo, empresa y mercado aparecen difuminadas con una intensidad capaz de confundir los espacios de la empresa y la sociedad, así como hacer intercambiables las posiciones de usuarios, trabajadores, productores, contratistas, consejeros o consumidores”²¹, resultando lo que él mismo denomina “invisibilidad jurídica”²².

Hasta antes de la aprobación de la “Ley Rider”, no existía una legislación -amén de la Sentencia unificadora- por lo que estos prestadores de servicios (trabajadores), no contaban con una presunción de laboralidad, pues no eran contratados por estas plataformas digitales (empresas) como trabajadores, estos eran contratados bajo la figura del TRADE (trabajadores económicamente dependientes) o como autónomos, es decir, sin que la empresa asumiese sus obligaciones laborales y por defecto, el trabajador gozase de sus derechos laborales (vacaciones, salario mínimo, Seguridad Social, entre otros), con la STS 805/2020, de Madrid, de 25 de septiembre 2020 y la aprobación de “La Ley Rider”, se abre un camino para los “riders”, por ello, empezamos a pensar que estamos ante el retorno del derecho laboral.

3. CASO GLOVO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA UNIFICADORA

3.1. Glovo ¿Qué tipo de empresa es?

Glovo es el nombre comercial con el que se conoce a la entidad mercantil Glovoapp²³, S.L., fue constituida en Barcelona en el año 2014 y su objeto social es la “explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes

¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., “Economía de las plataformas y contrato de trabajo”, Ponencia realizada en las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 2018, Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”, (<https://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economyy-contrato-de-trabajo-ponencia>, consulta: 29/07/2021).

²⁰ DE STEFANO, V., “La “gig economy” y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, nueva etapa núm., 27, 2016, p. 154-155.

²¹ TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 69.

²² TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 69.

por cuenta ajena actuando como comisionista”²³, dicha plataforma es de carácter virtual, a la que se puede acceder a través de una aplicación móvil -app móvil- o de una aplicación web –app web-, recibiendo la denominación de GlovoApp²⁴, debido al nombre de la plataforma es que los repartidores reciben el nombre de *Glovers* o también conocidos como *riders*.

Glovo es una plataforma que puede mantener acuerdos comerciales con comercios locales, ofreciendo un catálogo de servicios y productos; solicitando el consumidor final la compra de tales productos a través de un mandato que confiere a un tercero; utilizando la plataforma de Glovo se asigna una tarea a un repartidor, que acude al establecimiento, adquiere el producto y lo lleva hasta su destino²⁵.

3.2. Tipo de contratación: trabajador autónomo o TRADE

Uno de los puntos álgidos de la STS, parte de la categorización sobre el trabajador autónomo o el trabajador autónomo económico dependiente, mejor conocido como TRADE. El art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), establece que se aplicará a los trabajadores, que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

Del artículo antes citado, se desprenden los siguientes elementos: que la prestación del servicio sea voluntaria, retribuida, ajena y dependiente, resaltando como elementos esenciales la dependencia y ajenidad, en definitiva tal como lo señala CÁMARA BOTÍA “... este precepto eleva la nota de dependencia o subordinación a criterio principal de distinción entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo...”²⁶.

En cambio, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA), en su art. 11.2 dispone:

“Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económico como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes [...].

²³ FERNÁNDEZ, M., “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales”, *Temas laborales*, núm. 151, 2020, p. 160.

²⁴ FERNÁNDEZ, M., “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo”, *op. cit.*, p. 161.

²⁵ STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), F.J. 16.

²⁶ CÁMARA BOTÍA, A., “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?”, *op. cit.*, p. 11.

- b) *No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.*
- c) *Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.*
- d) *Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.*
- e) *Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla”.*

El artículo 17.1 del LETA establece: “*Los órganos jurisdiccionales del orden social serán los competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, así como para las solicitudes de reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente*”, tal como lo señala SÁNCHEZ-ARJONA, presenciamos una laboralización de “las controversias judiciales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, ya que se atribuye al orden social, a pesar que el contrato suscrito entre ambas partes tenga naturaleza civil, mercantil, o, inclusive, administrativa”²⁷.

SÁNCHEZ-ARJONA, señala que este trabajador autónomo económicamente dependiente, “es el que resulta más difícil de delimitar conceptualmente, al movernos en unas zonas fronterizas o grises entre el trabajador autónomo clásico, el trabajador por cuenta ajena y el autónomo económicamente dependiente”²⁸, cobrando gran relevancia analizar los elementos claves de la relación laboral, y es la jurisprudencia la que logra adentrarse en el análisis profundo, a través de sentencias hitos en el ámbito social.

En este sentido, la STS de Madrid, Sala de lo Social, 902/2017, 16 de noviembre de 2017, Recurso 2806/2015, (repertorio), F.J. 3, que cita a su vez la STS Madrid, Sala de lo Social, 25 enero 2000, con Recurso 582/1999 (repertorio), F.J. 2, estableció en su Considerando Segundo: “*Es doctrina tópica que la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar, por ello si estas funciones entran dentro de lo previsto en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores el contrato tendrá índole laboral cualquiera que sea el nombre que los contratos le dieran. Las funciones o requisitos del contrato son la prestación voluntaria de servicios por cuenta ajena mediante una retribución y dentro de la organización y dirección del empresario. La ajenidad del Trabajo, es decir la atribución de los frutos de este a un tercero es indiscutida, como también es clara la retribución en especie del mismo, autorizada por el artículo 26. del Estatuto de los Trabajadores, aunque no se haya espetado la proporción en el mismo establecida. Y a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el carácter personal de la*

²⁷ SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La tutela judicial de los TRADE. Un estudio de la atribución de la competencia a la jurisdicción social”, *Temas Laborales*, número 102, 2009, p. 167.

²⁸ SÁNCHEZ-ARJONA, “La tutela judicial de los TRADE… Un estudio de la atribución de la competencia a la jurisdicción social”, *op. cit.*, p. 159.

*prestación aparezcan disimulados por la libertad de horario y la sustitución esporádica en la prestación de los servicios por familiares, estos caracteres tampoco están ausentes en la relación enjuiciada, pues las instrucciones y dirección de la empresa aparecen en los propios términos del contrato que previene la limpieza en "circunstancias especiales" que naturalmente ha de determinar en cada caso el empresario y dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario... ", o dicho de otra manera, la suma de ciertos indicios sirve para establecer una convicción sobre el tipo de vínculo existente entre las partes, de modo que lo determinante no será el *nomen iuris* del contrato sino la auténtica naturaleza del vínculo que las une²⁹.*

Y es precisamente como resultado de esa amalgama de conceptos entre trabajador, tal cual lo conocemos y un TRADE, es que empresas que operan a través de una App, contratan a “colaboradores”, para realizar trabajos, bajo un contrato mercantil tratando de encasillarlos como trabajadores por cuenta propia o autónomos económicamente dependientes³⁰. Señala ÁLVAREZ CUESTA, que este tipo de contratación trae como resultado que el empleador se vuelva invisible, y líquido, fluido y transparente al trabajador, con un doble significado: “... transparente por desaparecer para el Derecho Laboral y transparente por ser perfectamente aprehensible por el empresario en sus remozadas técnicas de control”³¹; provocando que el derecho laboral ni siquiera se aplique, sencillamente porque esa doble transparencia aparente ser de otra índole menos laboral.

3.3. Dependencia y ajenidad: elementos claves del contrato de trabajo

En este trabajo destacamos dos elementos claves dentro del contrato de trabajo, como son dependencia y ajenidad, elementos que han sido esenciales, y en el caso Glovo han mostrado una relevancia significativa, con independencia de la interpretación que se le haya otorgado en casos particulares.

Glovo es un ejemplo perfecto, pues del mismo hemos obtenido interpretaciones distintas, basta con leer la STS de Madrid, Sala de lo Social, 715/2019, 19 de septiembre de 2019, (repertorio), F.J. 3, la cual refiere que el demandante “organizaba con total autonomía su propia actividad, sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial, podía rechazar solicitudes de trabajo asignadas y disponía de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio de la actividad, aportando los medios necesarios para su desarrollo, siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución”.

²⁹ NIETO ROJAS, P., “Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales. Comentario a la SJS, número 39, de Madrid, de 3 de septiembre de 2018”, *IusLabor*, núm. 1, 2019, p. 330.

³⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H., “La lucha contra los “Falsos Autónomos” En la prestación de servicios vía APP. El caso “Deleveroo” Comentario a la SJS Núm. 6 Valencia, de 1 de junio de 2018”, *IusLabor*, núm. 2, 2018, p. 281, ([https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:NI,ES/La+lucha+contra+los+"](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:NI,ES/La+lucha+contra+los+)“Falsos+Autónomos/WW/vid/772375041, consulta: 13/8/2021).

³¹ ÁLVAREZ CUESTA, H., “La lucha contra los “Falsos Autónomos” En la prestación de servicios vía APP. El caso “Deleveroo”, *op. cit.*, p. 281.

Con una lógica completamente distinta la STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), F.J. 21, expresa que la demandada (Glovo) “*se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por Glovo. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral*”. A continuación, abordamos ambos elementos claves.

3.3.A. Dependencia

En STS de Madrid, Sala de lo Social, 19 de febrero de 2014, recurso número 3205/2012 (repertorio), F.J. 2, define la dependencia o subordinación como la “*integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario” (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral) [...] cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la “autonomía profesional” imprescindible en determinadas actividades*”.

A su vez, en STS de Madrid, Sala de lo Social, 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015_F.J. 3, delimita dependencia “*entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa*”³². También expresa, que “*Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación*”³³.

El TS explica en la Sentencia del caso Glovo, que los indicios comunes de dependencia son los siguientes: i) La asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; ii) El desempeño personal del trabajo

³² STS de Madrid, Sala de lo Social, 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015 (repertorio) F.J. 3; STS de Madrid, Sala de lo Social, 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018 (repertorio), F.J. 4; y STS de Madrid, Sala de lo Social, 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018 (repertorio), F.J. 4.

³³ STS de Madrid, Sala de lo Social, 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015 (repertorio) F.J. 3

aunque, no excluye el contrato de trabajo la existencia en determinados servicios de régimen excepcional de suplencias o sustituciones; iii) La inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; iv) La ausencia de organización empresarial propia del trabajador³⁴.

Así también el TS entiende que existe contrato de trabajo, aunque el trabajador tenga libertad para elegir sus propios horarios o su jornada de trabajo, aunque no existan instrucciones por parte del empresario, inclusive la potestad del trabajador para rechazar trabajos encargados por el empresario, criterios que se encuentran presentes en la STS de Madrid, Sala de lo Social, 25 de septiembre de 2020, recurso 4746/2019 (Sentencia del caso GLOVO).³⁵

3.3.B. Ajenidad

En reiteradas sentencias³⁶ el TS ha considerado indicios comunes de la nota de ajenidad los siguientes: i) La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; ii) La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender; iii) El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; iv) El cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones. Además de otros factores como los que resulten de su trabajo para a la empresa, el trabajador o demandante no asume el riesgo empresarial y tampoco éste realiza inversión de capital³⁷.

Por lo cual, en STS de Madrid, Sala de lo Social, 20 de enero de 2015, núm. de Recurso 587/2014, (repertorio), F.J. 2, se ha pronunciado al respecto: “*c) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra*”. Es decir, debemos realizar un examen de cada caso, pues tanto la dependencia como la ajenidad requieren de un estudio de pormenorizado y no generalizado.

³⁴ STS de Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), F.J. 10.

³⁵ TODOLÍ SIGNES, A., “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, *IusLabor*, núm. 2, 2021, p. 34, (<https://adriantodoli.com/2021/07/12/nuevo-articulo-publicado-comentario-a-la-ley-rider-en-la-revista-iuslabor/>, consulta: 27/07/2021).

³⁶ STS de Madrid, Sala de lo Social, 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017_(repertorio), F.J. 4; STS de Madrid, Sala de lo Social, 1 de julio de 2020 , recurso 3585/2018 (repertorio), F.J. 4; y STS de Madrid, Sala de lo Social, 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018 (repertorio), F.J. 4.

³⁷ STS de Madrid, Sala de lo Social, 24 de enero de 2018, recurso 3595/2015 (repertorio), F.J. 3; STS de Madrid, Sala de lo Social, 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015 (repertorio), F.J. 3; y STS de Madrid, Sala de lo Social, 29 de octubre de 2019, recurso 1338/2017, (repertorio), F.J. 2.

Continúa la Sentencia antes citada expresando que; “... d) Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. e) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones...”³⁸.

El TS nos explica que la ajenidad, “se manifiesta de forma inequívoca, porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo para ofrecerlos como servicios de transporte a sus clientes, percibiendo directamente los beneficios de esta actividad. Los actores no son titulares de una organización empresarial propia, sino que prestan de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio. Esta prestación es el elemento fundamental del contrato, sin que la naturaleza de éste se desvirtúe por la aportación de vehículo por el trabajador, pues esa aportación no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del trabajador se revela como predominante. Las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la relación como laboral...”³⁹.

3.4. Forma y jornada de trabajo

La empresa Glovo tenía establecido todo un esquema de trabajo, el demandante debía reservar una franja horaria en la que desea trabajar, aplicando auto asignación -disponible en su móvil, a partir de ese momento comenzaban a entrarles pedidos (slots) de acuerdo con su franja y zona geográfica, pudiendo aceptar el pedido de forma manual o automática⁴⁰.

³⁸ STS de Madrid, Sala de lo Social, 20 de enero de 2015, recurso 587/2014, F.J. 2.

³⁹ STS de Madrid, Sala de lo Social, 18 de octubre de 2006, recurso 3939/2005, F.J. 2.

⁴⁰ STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), F.J. 2.

El repartidor o *glover*, podía rechazar un pedido previamente aceptado a media ejecución, siendo reasignado a otro repartidor de la misma zona, sin penalización alguna⁴¹, más adelante analizaremos esto, al referirnos al sistema de puntuación de los *glovers* y su penalización. La App de la empresa Glovo tenía control sobre la forma organizacional del trabajo, estableciendo claramente parámetros a seguir y líneas delimitadoras de lo que era posible y lo que no.

En relación a la forma de trabajo la empresa Glovo destaca que los *glovers*, tienen pleno dominio del ámbito de organización y dirección, porque elegían libremente el día y la hora en la que querían prestar servicios, en STS de Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre de 2020 (repertorio), F.J. 13, refiere que: “*libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo*”⁴².

Otro elemento dentro de la forma de trabajo es que los riders o *glovers* son los que aportan el medio de transporte (bicicleta, moto o automóvil) y el teléfono móvil, instrumentos que les ayuda a desempeñar su trabajo. En STS de Madrid, Sala de los Social, 26 de febrero de 1986 (repertorio), F.J. 2, consideró laboral la relación de unos mensajeros. El TS argumentó: “*La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial, impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso períodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte, la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores*”⁴³.

⁴¹ STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), antecedente de hecho segundo, punto cuarto.

⁴² STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), F.J. 13.

⁴³ Sentencia que es citada a su vez, por la STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), F.J. 12.

El TS⁴⁴ se ha pronunciado sobre la existencia de contratos de trabajo, en el caso de contratistas con vehículo propio, “...sin que la naturaleza de éste se desvirtúe por la aportación de vehículo por el trabajador, pues esa aportación no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del trabajador se revela como predominante”⁴⁵.

A medida que la relación laboral se transforma, también lo hacen los medios de producción, no obstante, hoy en día, un vehículo o cualquier medio de transporte, o algo tan simple como un teléfono móvil, pueden ser adquirido por cualquier persona y ello no debería ser determinante para su exclusión del ámbito de protección; manifestando que son dueños de los medios de producción, expresando en este sentido TODOLÍ SIGNES que “...los verdaderos medios de producción son los tecnológicos”⁴⁶, quienes dan las pautas y envían instrucciones, teniendo el control de la relación incluso más allá de nuestra percepción.

3.5. Remuneración a los riders

El pago de los servicios se realizaba de manera quincenal, esta “política de pagos por los servicios prestados y la remuneración a los repartidores es asumida exclusivamente por la empresa, lo que evidencia la existencia de cierta subordinación económica”⁴⁷, evidenciando que del trabajo desempeñado se recibe una compensación económica, asociada a un sistema de puntuación y como veremos más adelante con derecho a aplicarse una penalización.

Concerniente a la remuneración el TS Sala de lo Social ha explicado que “el no establecimiento de retribución o salario fijo, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”⁴⁸.

Otro aspecto por destacar es que la empresa Glovo, señala que no existe pacto de exclusividad, dejando cierto margen de libertad al *glover* para contratar con terceros, con

⁴⁴ STS Madrid, Sala de lo Social, 26 de febrero de 1986 (repertorio), F.J. 3.

⁴⁵ STS Madrid, Sala de lo Social, 18 de octubre de 2006, recurso 3939/2005, (repertorio), F.J. 2.

⁴⁶ TODOLÍ SIGNES, A., “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IusLabor*, 3, 2015, p. 14, (<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:NI,ES/EL+IMPACTO+DE+LA+%E2%80%9CUBER+ECONOMY%E2%80%9D+EN+LAS+RELACIONES++LABORALES%3A+LOS+EFECTOS+DE+LAS+PLATAFORMAS+VIRTUALES+EN+EL++CONTRATO+DE+TRABAJO/WW/vid/772291561>, consulta: 13/8/2021).

⁴⁷ FERNÁNDEZ, M., “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo”, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁸ STS de Madrid, Sala de lo Social, 29 de diciembre de 1999, recurso 1093/1999_(repertorio), F.J. 2 y STS de Madrid, Sala de lo Social, 25 de marzo de 2013, recurso 1564/2012 (repertorio), F.J. 4.

la salvedad, de respetar el límite de porcentaje de ingresos procedentes de Glovo, para seguir ostentando la condición de TRADE de ésta⁴⁹, lo que significa una condicionante para el *rider* que ejerce el trabajo, dejando claramente el espacio para que entendamos que estamos nuevamente ante la subordinación del *glover* frente a Glovo.

3.6. Sistema de puntuación

La OIT sostiene que “Las plataformas utilizan algoritmos para adecuar los trabajadores a los clientes mediante un proceso en el que resultan decisivas las puntuaciones que reciben los trabajadores. Estas valoraciones se determinan a su vez de forma algorítmica con arreglo a una serie de criterios, como los índices de aceptación y rechazo, que limitan la capacidad y libertad de los trabajadores para rechazar trabajos en la práctica”⁵⁰.

Glovo estableció un sistema de puntuación, en donde califica a los *glover* en tres categorías: principiante, junior y senior, aunque han existido versiones diferentes, básicamente el sistema se nutre de tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la empresa horas diamante, pudiendo obtener una puntuación máxima de 5 puntos⁵¹. Este sistema de puntuación se nutre del trabajo desempeñado por el *rider*, quien a su vez obtiene una remuneración por hacerlo, de lo contrario, se genera una consecuencia para el repartidor.

3.7. Poder sancionador de Glovo

Y como parte de este sistema de penalización, si un *glover* lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la empresa puede cambiarlos de categoría, además de penalizar con 0.3 puntos cada vez que un repartidor no está disponible en la franja horaria reservada por él⁵², sanción que podía no ser aplicada, “si el repartidor tenía una justificación y lo comunicaba debidamente”⁵³.

Ese comportamiento sancionador de Glovo se evidencia, cuando los repartidores que rechazan o cancelan trabajos pueden ver afectados sus niveles de calificación y, en consecuencia, “la plataforma podía reducirles el acceso al trabajo, quitarles

⁴⁹ STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre de 2020, (repertorio), antecedente de hecho segundo, punto noveno.

⁵⁰ OIT, “Perspectivas sociales y el empleo en el mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo”, Ginebra, 2021, p. 8, (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-dgreports/-/-dcomm/documents/publication/wcms_771675.pdf, consulta 27/07/2021).

⁵¹ STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre de 2020, (repertorio), antecedente de hecho segundo, punto séptimo.

⁵² STS Madrid, Sala de lo Social, 805/2020, 25 de septiembre 2020 (repertorio), F.J. antecedente de hecho segundo, punto cuarto.

⁵³ NIETO ROJAS, P., “Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales. Comentario a la SJS, número 39, de Madrid, de 3 de septiembre de 2018”, *op. cit.*, p. 334.

bonificaciones, cobrarles multas o incluso darlos de baja”⁵⁴, manifestándose el elemento subordinación una vez más, al estar obligado un *rider* a seguir las directrices de este tipo de plataforma digital, siendo evidente que es la empresa la que dicta sus políticas y directrices, y un *rider* se encuentra sujeto a las normas que se le aplican, comportamiento que denota la connotación laboral del actuar de la empresa.

3.8. App de Glovo

Podemos definir la App de Glovo como el medio, el instrumento tecnológico, utilizado tanto para el cliente final como para el *glover*, o dicho de manera más sencilla, sin App, no hay negocio, porque es ésta la que controla y desarrolla esta relación, es la App y su poder de control la que hace que sea la herramienta más importante, y si consideramos que está bajo el dominio de la parte empresarial podemos darnos cuenta que el *glover*, no está en posición ventajosa o privilegiada en esta relación, al contrario, sobre él se ejerce control y sobre el control hay subordinación.

Tal como lo señala FERNÁNDEZ DOCAMPO, “... se está obviando el instrumento fundamental y decisivo para poder ejercer la actividad como *rider* de Glovo y que es la propia App, titularidad de la empresa y que debe ser necesariamente descargada por los usuarios en sus dispositivos electrónicos, y en la que solo se admite el registro como repartidor tras la acreditación y cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la mercantil, que todo indica actúa como una auténtica, aunque enmascarada, empleadora”⁵⁵, tal como lo señalaba TODOLÍ SIGNES, los verdades medios de producción son en este momento los tecnológicos, poder que transfieren a una *App*, y a través de ella se ejerce el control que hemos analizado en apartados anteriores.

3.9. La geolocalización

KAHALE CARRILLO, señala que geolocalización “es conocida, a su vez, por las siglas GPS que significan en inglés *Global Positioning System*; es decir, Sistema de Posicionamiento Global. Que, como ya se ha comentado, es un sistema que permite posicionar cualquier persona u objeto sobre la Tierra con una precisión”⁵⁶, sin duda este sistema permite que Glovo pueda mantener permanentemente geolocalizados a los *glovers*.

El artículo 20 numeral 3, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que hace referencia a la Dirección y control de la actividad laboral, establece: “*El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo*

⁵⁴ OIT, “Perspectivas sociales y el empleo en el mundo”, *op. cit.*, p. 8, (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_771675.pdf).

⁵⁵ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M., “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo”, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁶ KAHALE CARRILLO, D., “La geolocalización como medio de control del trabajador”, *Temas Laborales*, núm.157, 2021, p. 145.

en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”, pudiendo materializarse tal como lo señala KAHALE CARRILLO “a través de las nuevas tecnologías”⁵⁷ y los sistemas de control automatizados como es el de geolocalización, en donde se prescinde de mandos o controles directos por parte del empleador.

Esta nueva forma de control llamada “geolocalización” implica control y subordinación, por ejemplo: i) Cuando el *glover* no está en la zona y franja horaria reservada; ii) El registro de los kilómetros que recorre en cada servicio; iii) El tiempo que demora en cada servicio; iv) El período de tiempo que lleva inactivo; v) Los días que no realiza ninguna tarea. Además de brindar otros datos como saber dónde se mueve el repartidor, qué hace y con qué rapidez lo ejecuta, si este no cumple con las órdenes o directrices que la empresa establece; lo que genera penalización y la degradación de categoría o restarle asignación de pedidos⁵⁸.

Dicho de otra manera, estamos ante otras formas de controlar la actividad laboral, en donde “el centro de trabajo potencialmente es ahora todo aquel que pueda ser objeto de geolocalización y el tiempo de trabajo también puede ser potencialmente todo aquel en el que la actividad pueda prestarse empleando las TIC (...) No es preciso el control directo por otra persona, el mando intermedio, ya que esta tarea puede encomendarse a sistemas de control automatizados sean cámaras, ordenadores, sistemas de geolocalización, etc.”⁵⁹. En relación con el tema de geolocalización conviene traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2019, en donde se plantean cuestiones interesantes sobre el teléfono móvil y el uso de una aplicación durante toda la jornada laboral del trabajador, en tiempo real y mediante geolocalización, refiere la sentencia antes citada “... que los datos localización de una persona constituyen datos de carácter personal (...) si bien la implantación de dicha medida, en cuanto que supone una injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores, ha de superar el denominado juicio de proporcionalidad”⁶⁰.

En otras palabras, la ponderación de derechos nos debe conducir por medidas menos invasivas o las que afecten en menor medida (intimidad y protección de datos personales), pero que logren ser efectivas para el desarrollo de la actividad, es decir, podemos hacer uso de la geolocalización, pero siempre en proporción al fin que procuremos desarrollar.

4. CAUSA Y EFECTOS DE LA “LEY RIDER”

El Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo⁶¹, conocida como la “Ley *rider*”, nace a causa de la STS que analizamos en líneas atrás, sentencia que logra unificar la doctrina dispar

⁵⁷ KAHALE CARRILLO, D., “La geolocalización como medio de control del trabajador”, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁸ En lo que Glovo denomina horas diamante, siendo las horas de mayor actividad para un *rider*.

⁵⁹ SJS núm. 33 de Madrid, 53/2019, Sala de lo Social, 11 de febrero de 2019, (repertorio), F.J. 2.

⁶⁰ SAN núm. 13 de Madrid, 13/2019, Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2019, (repertorio), F.J. 6.

⁶¹ Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

que existía sobre las plataformas digitales de reparto, siendo los criterios plasmados en dicha sentencia, los que inspiraron que el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado de la siguiente manera:

Uno. Se introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción:

d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Dos. Se introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera, con la siguiente redacción: *Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.*

Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.

Uno de los grandes efectos de esta nueva normativa, amén de los claroscuros que está presente, o de los aciertos o desaciertos, que sin duda podemos encontrar, es que marca un antes y un después. La “Ley Rider”, incluye dos grandes disposiciones; la primera, se enmarca en los efectos de los algoritmos y la inteligencia artificial en el trabajo de cualquier empresa que use estos modernos sistemas tecnológicos, y la segunda, es una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto⁶².

Referente a la primera, se desprende la obligación que tendrán las empresas a que se informe de las reglas e instrucciones, en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. La pregunta es ¿a quién se debe informar?; no está de forma expresa en la ley, pero sin duda, es a los trabajadores o sus representantes, o a través del colectivo de trabajadores o su representación legal.

Con relación a la segunda, introduce una nueva disposición adicional sobre la presunción de laboralidad de las actividades de reparto, o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía por parte de las empleadoras, que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa o indirecta a través de una plataforma digital.

⁶² TODOLÍ SIGNES, A. “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, *op. cit.*, p. 32, (<https://adriantodoli.com/2021/07/12/nuevo-articulo-publicado-comentario-a-la-ley-rider-en-la-revista-iuslabor/>, consulta: 27/07/2021).

Señala SIRVENT HERNÁNDEZ⁶³, que estamos ante una presunción “*iuris tantum*”, opinión que comparte TODOLÍ SIGNES, pues plantea que puede interpretarse como una presunción *iuris tantum*⁶⁴ o *iuris et de iure*, si se cumplen los requisitos siguientes: “i) que las actividades de reparto o distribución sean personales y retribuidas; ii) que la empleadora ejerza facultades de dirección de forma directa, indirecta o implícita a través de una plataforma digital; iii) que se use un algoritmo para gestionar el servicio o para determinar las condiciones de trabajo”⁶⁵.

4.1. Aciertos de la “Ley Rider”

Dentro de los efectos positivos de la “Ley Rider”, entendemos que busca igualdad, menciona SIRVENT HERNÁNDEZ, que la “...norma garantiza igualdad de trato entre las empresas tradicionales y las que utilizan medios de control digital mediante la gestión de datos algorítmicos”⁶⁶, a pesar de ello, debemos considerar que la igualdad más importante debe darse en el ámbito de reconocimiento de derechos entre un trabajador formal y un *rider*, para que sea este último, el que goce de las mismas prerrogativas que el primero, por ese motivo la normativa parte como uno de sus enunciados principales la presunción de laboralidad, en busca de esa igualdad de derechos.

Otro de los efectos positivos de la “Ley Rider”, es el reconocimiento de derechos a la información de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial⁶⁷. Al reconocer el derecho de información a la representación legal de la plantilla en la “Ley Rider”, resulta en una regulación pionera en Europa⁶⁸ e incluso en el contexto internacional⁶⁹.

Dicho de otra manera “la fuerza expansiva de esta presunción legal, que incide de manera decisiva en la eliminación de la figura de falsos autónomos y por lo tanto asimismo en la desvirtuación de la utilización fraudulenta de estas formas societarias para escapar a la calificación de laboralidad plena de la relación de trabajo”⁷⁰, siendo trascendente esta

⁶³ ZAPPALÀ, L., DI CATALDO, L., PIGLIALARMI, G., MARZO, C., SIRVENT HERNÀNDEZ, N., “Rider. Quale Lavoro?”, *op. cit.*, p. 207.

⁶⁴ Decantándose por esta opción.

⁶⁵ TODOLÍ SIGNES, A., “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁶ ZAPPALÀ, L., DI CATALDO, L., PIGLIALARMI, G., MARZO, C., SIRVENT HERNÀNDEZ, N., “Rider. Quale Lavoro?”, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “La participación de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial”, *Blog de Cruz Villalón*, 2021, (Blog de Jesús Cruz Villalón: mayo 2021 (jesuscruzvillalon.blogspot.com), consulta 28/07/2021).

⁶⁸ GINÈS I FABRELLAS, A., “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “LEY RIDER”, *op. cit.*, p. 3, (<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/389840/483253>; consulta: 28/07/2021).

⁶⁹ ZAPPALÀ, L., DI CATALDO, L., PIGLIALARMI, G., MARZO, C., SIRVENT HERNÀNDEZ, N., “Rider. Quale Lavoro?”, *op. cit.*, p. 206.

⁷⁰ BAYLOS GRAU, A., “Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders”, *LaBoUR & Law Issues*, vol. 7, no. 1, 2021, p. 8.

presunción de laboralidad pues representa un paso positivo dentro de la protección de los trabajadores de las plataformas digitales de reparto.

4.2. Críticas a la “Ley Rider”

La “Ley Rider” no está exenta de críticas, pues parte estableciendo una presunción de laboralidad de las plataformas digitales de reparto, sin embargo, esto deja fuera de su protección⁷¹ a las personas que trabajan en otras plataformas de trabajo a demanda como, por ejemplo, plataformas de limpieza o cuidado; personas en tareas online, tales como: *Upwork*, *Amazon Mechanical Turk* o *Fiverr*⁷².

Sin duda, es una respuesta parcial la que se está dando al mundo de las plataformas digitales, constituyendo los primeros pasos de una regulación en pro del trabajo en plataformas digitales de reparto, que puede servir como vía interpretativa⁷³ y futura referencia para el resto de los trabajos en plataforma.

La presunción de laboralidad es uno de los grandes cambios que presenta la ley, pero basta con analizar con detenimiento para cuestionarnos que es lo que se presume porque si “el trabajador debe demostrar la presencia de todos los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, la prestación personal de sus servicios por cuenta ajena, la percepción de una retribución y la subordinación al empleador...”⁷⁴, se dificulta entender en qué consiste la presunción. Reflexionaba SANGUINETI y se preguntaba, cuando la ley plantea la presunción de laboralidad, “... ¿qué es lo que se presume? (...) Con lo que, en realidad, es difícil entender que se esté presumiendo algo”⁷⁵, con la novedad que ahora si podemos presumir laboralidad dentro del ámbito de las plataformas digitales de reparto.

Otra crítica a la ley parte de la letra d) en el artículo 64.4 E.T., sobre ese derecho de información que surge, esa obligación que pasa a tener la empresa, pero la duda nace, sobre qué exactamente informará la empresa, porque si nos llenamos con la letra de ley “... parámetros, reglas e instrucciones”, nos queda a deber, porque el mundo de la inteligencia artificial es complejo y para pedir información necesitamos saber buscar.

⁷¹ ZAPPALÀ, L., DI CATALDO, L., PIGLIALARMI, G., MARZO, C., SIRVENT HERNÀNDEZ, N. “Rider. Quale Lavoro?” *op. cit.*, p. 209.

⁷² GINÈS I FABRELLAS, A. “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “LEY RIDER”, *op. cit.*, p. 2, (<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/389840/483253>, consulta: 28/07/2021).

⁷³ TODOLÍ SIGNES, A., “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider”, *op. cit.*, p. 42, (<https://adriantodoli.com/2021/07/12/nuevo-articulo-publicado-comentario-a-la-ley-rider-en-la-revista-iuslabor/>, consulta: 27/07/2021).

⁷⁴ SANGUINETTI RAYMOND, W., “La laboralización de los trabajadores de las plataformas de reparto y sus consecuencias”, *Trabajo y derecho*, núm. 82, 2021, p. 4.

⁷⁵ SANGUINETTI RAYMOND, W., “La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad”, *El blog de Wilfredo Sanguineti*, 2021, (<https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguió-la-cuadratura-del-círculo-de-la-laboralidad/>, consulta: 21/08/2021).

SIRVENT HERNÁNDEZ, señala: “No se concretan los medios ni los contenidos mínimos en cuanto a la información que debe suministrar la empresa para que los representantes de los trabajadores puedan desempeñar adecuadamente sus funciones de vigilancia y control de legalidad, siendo ésta una cuestión que puede ser objeto de precisión por medio de la negociación colectiva”⁷⁶, adquiriendo en este sentido mayor relevancia los representantes de los trabajadores.

5. REFLEXIONES FINALES: EL FUTURO DEL DERECHO LABORAL

En definitiva, las plataformas digitales de reparto han introducido un nuevo modelo de negocio, teniendo una App como centro de su eje, desencadenando una relación laboral con menor dependencia y subordinación, aportando una connotación interesante como es la aparente libertad que tiene quien presta el servicio al momento de desempeñar el trabajo. De cualquier manera, resaltamos que es la plataforma, la que hace que exista un control pormenorizado sobre el quehacer de un repartidor, control muchas veces imperceptible, lo que da al *rider* esa falsa sensación de libertad, pues no significa que las formas de control hayan desaparecido -al contrario-, simplemente “se han transformado”⁷⁷.

En este trabajo explicamos el concepto de trabajador regulado en el ET, así también el concepto de TRADE regulado en el LETA. Resumiendo lo planteado, afirmamos que independientemente del nombre que se le asigne al contrato o al tipo de relación que exista entre la empresa Glovo y un *rider*, sea por error en su denominación o, por beneficio de alguna de las partes, resulta necesario examinar los elementos claves de la relación laboral, tales como dependencia y ajenidad, entendiéndose que ambos elementos irán adecuándose a la nueva realidad de trabajos, que incluyan plataformas *start up* y *on demand*, mismas que hacen que surjan trabajos que no existían cuando el Derecho laboral nació, lo cual implica, que este Derecho debe ir adaptándose junto con los nuevos modelos de negocio y las nuevas formas de contratación.

A su vez, la asignación de la zona geográfica y horaria revela el poder de dirección que tiene la empresa GLOVO y cualquier plataforma digital de reparto que utilice el mismo modelo de negocio, lo que es innegable en este punto, es la situación de dependencia, característica fundamental de una relación laboral. TODOLÍ SIGNES, sostiene en este sentido que “... quien recoja los datos del cliente final, los almacene y los utilice para mejorar el negocio tendrá visos de ser el verdadero empresario. Mientras que quién solamente aporta mano de obra sin recoger, almacenar datos de sus clientes difícilmente

⁷⁶ ZAPPALÀ, L., DI CATALDO, L., PIGLIALARMI, G., MARZO, C., SIRVENT HERNÁNDEZ, N. “Rider. Quale Lavoro?”, *op. cit*, p. 211.

⁷⁷ TODOLÍ SIGNES, A., “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, (dir. Rodríguez-Piñero, M., (dir.), Hernández-Bejarano, M. (dir.), Madrid, Bomarzo, 1.^a ed., 2017, p. 231.

podrá ser empresario y es que es básico para todo empresario recoger los máximos datos posibles de sus clientes y de potenciales clientes para hacer crecer su negocio”⁷⁸.

Aparentemente el trabajador refleja mayor independencia cuando desempeña su trabajo en alguna de las plataformas digitales de reparto, que cuenten con una App, sin embargo, esa es una falsa independencia, porque es precisamente la tecnología de esas plataformas las que hacen que se tenga del trabajador un mayor control, sin siquiera percibirse y en esa falsa sensación de independencia, es donde radica el mayor problema. Es por ello, que el derecho laboral empieza a regular esta forma de contratación, siendo esto solo el inicio de un mayor control sobre este tipo de relaciones laborales, que se vislumbra para quedarse.

Señala SIRVENT HERNÁNDEZ, que: “Estamos ante una forma distinta de organizar la actividad productiva que rompe la estructura clásica de las empresas, conviviendo así formas tradicionales de empleo, basados en la regularidad del lugar y del tiempo de trabajo con otra suerte de ocupaciones que se alejan de estos parámetros en las que coexiste una gran autonomía organizativa del trabajador y una amplia disponibilidad de este último respecto de la empresa, difuminando en muchas ocasiones las notas de dependencia y ajenidad típicas de la relación laboral”⁷⁹.

La Sentencia de GLOVO, valora los elementos que están presentes en la relación laboral, resaltando dicha Sentencia que estamos ante un vínculo de carácter laboral, siendo este el primer paso para unificar la jurisprudencia, lo que desencadenó en la aprobación de la “Ley Rider”, comprobándose una vez más, que las normas laborales deben adaptarse a las nuevas modalidades de trabajo y ajustar su legislación, evidenciando que la realidad material siempre irá un paso adelante a la realidad formal, adecuándose los conceptos a las nuevas realidades; en función de lo aquí expresado, debemos hablar de “conceptos flexibles”, cuando estamos ante “trabajos flexibles”.

Los efectos de la “Ley Rider” trastocan las plataformas digitales en dos vías, como hemos mencionado en líneas anteriores, porque introducen la presunción de laboralidad para las plataformas digitales de reparto, que trabajan bajo el sistema *crowdsourcing off line*, sin embargo, sus efectos serán aprovechados por las plataformas *on line*, sentando un precedente, no solo para las plataformas digitales, sino también para otros tipos de sectores que utilizan como forma de contratación los TRADE, siendo esto la punta del iceberg y el gran paso en la consolidación del derecho laboral ante las plataformas digitales.

No menos importante, es la obligación que tendrán las empresas a que se informe de las reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, si bien, esto genera muchas interrogantes, resulta cierto que agrega una obligación que antes las empresas que funcionaban bajo este modelo de negocio no

⁷⁸ TODOLI, A., “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, *op. cit.*, p. 236.

⁷⁹ ZAPPALÀ, L., DI CATALDO, L., PIGLIALARMI, G., MARZO, C., SIRVENT HERNÁNDEZ, N. “Rider. Quale Lavoro?” *op. cit.*, p. 205.

tenían, y que en el futuro cercano será interesante observar, cómo fluye el flujo de información que se pida por parte de los trabajadores y la que se conceda por la parte empleadora.

En conclusión, lo que hemos planteado en estos párrafos es un claro indicio en dirección opuesta a la “huida del derecho laboral”, siendo estos los primeros pasos en lo que llamo “el retorno del derecho laboral”, aunque creo que nunca se fue del todo, siempre estuvo ahí, solo hacía falta un impulso para que sus efectos se sintiesen más fuertes que nunca, ante esta nueva realidad puede ser que estemos presenciando la transformación del derecho laboral tal como lo conocimos, para dar lugar a la metamorfosis de este derecho.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGOTE EGUIZABAL, R. “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *Iuslabor* núm. 1, 2017, p. 3, (disponible en: 71484e3b-703b-00d2-d6c2-fc2771db6bc6 (upf.edu), consulta: 29/07/2021).
- ALVAREZ CUESTA, H., “La lucha contra los “Falsos Autónomos” en la prestación de servicios vía APP. El caso “Deliveroo” Comentario a las SJS Núm. 6 Valencia, de 1 de junio de 2018”, *Ius Labor*, núm. 2, 2018.
- BAYLOS GRAU, A., “Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders”, LaBoUR & Law Issues, vol. 7, no. 1, 2021, p. 8. ISSN: 2421-2695
- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., “Economía de las plataformas y contrato de trabajo”, Ponencia realizada en las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 2018, Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”, (disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economyy-contrato-de-trabajo-ponencia>, consulta: 29/07/2021).
- BYHOVSKAYA, A., BOIX, I., CASTAÑO, C., DE STEFANO, V., DEL AGUILA, A., DEGRYSE, C., DOZ, J., EVANS, J., GARMENDIA, C., GOERLICH, J., HUSSON, M., JIMÉNEZ, J., LINARES, J., LINARES, P., LOUÇÃ, F., LÓPEZ, V., MAJÓ, J., MARTÍN, A., MARTÍNEZ, J., MARTÍNEZ, X., MEDINA, F., ROCA, A., SÁNCHEZ, V., SUBIRATS, J., “¿Una nueva revolución industrial? Economía digital y trabajo”, *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, núm. 27, 2016, p. 151-165.
- CÁMARA BOTÍA, A., “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, 2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p. 11-14.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La participación de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial”, *Blog de Cruz Villalón*, 2021, (Blog de Jesús Cruz Villalón: mayo 2021 ([jesucruzvillalon.blogspot.com](http://jesuscruzvillalon.blogspot.com))), consulta 28/07/2021).

DE ESTEFANO, V., “La “gig economy” y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, nueva etapa núm. 27, 2016, p. 154-157.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, M., “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales”, *Temas Laborales*, núm. 151, 2020, págs. 157-173.

FENÁNDEZ PRIETO, M., “La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo”, *Temas laborales*, núm. 1451, 2020, págs. 193-217.

GINÈS I FABRELLAS, A., “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “LEY RIDER”, *IusLabor*, núm. 2, 2021, p. 1-3, (<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/389840/483253>, consulta: 28/07/2021).

KAHALE CARRILLO, D., “El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2020, págs. 213-231, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.08>

MORÓN PRIETO, R., “El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del caso GLOVO”, *Análisis Jurisprudencia*. p. 153-165.

NIETO ROJAS, P., “Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales. Comentario a la SJS, número 39, de Madrid, de 3 de septiembre de 2018”, *IusLabor*, núm. 1, 2019, ISSN 1699-2938, p. 327-341, <https://doi:10.31009/IUSLabor.2019.i01.11>.

OIT, “Perspectivas sociales y el empleo en el mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo”, Ginebra, 2021, p. 8, (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_771675.pdf, consulta 27/07/2021).

SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La tutela judicial de los TRADE. Un estudio de la atribución de la competencia a la jurisdicción social”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, p. 159-167.

SANGUINETTI RAYMOND, W., “La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad”, *El blog de Wilfredo Sanguinetti*, 2021, (<https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2021/05/15/la-presucion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguió-la-cuadratura-del-círculo-de-la-laboralidad/>, consulta: 21/08/2021).

SANGUINETTI RAYMOND, W., “La laboralización de los trabajadores de las plataformas de reparto y sus consecuencias”, *Trabajo y derecho*, núm. 82, 2021, p. 4.

TODOLÍ SIGNES, A., “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, *IusLabor*, núm. 2, 2021, p. 28-65, (<https://adriantodoli.com/2021/07/12/nuevo-articulo-publicado-comentario-a-la-ley-rider-en-la-revista-iuslabor/>, consulta: 27/07/2021).

TODOLÍ SIGNES, A., “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IusLabor* 3, 2015, p. 1-25, ISSN 1699-2938.

TODOLÍ SIGNES, A., “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, (dir. Rodríguez-Piñero, M., (dir.), Hernández-Bejarano, M. (dir.), Madrid, Bomarzo, 1.^a ed., 2017, p. 231.

TODOLÍ SIGNES, A., “Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 140, 2017/18, págs. 95-103.

TODOLÍ SIGNES, A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan Harremanak*, núm. 41, 2019, p. 17-41, (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880>).

TRILLO PÁRRAGA, F. “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, p. 67-68.

ZAPPALÀ, L., DI CATALDO, L., PIGLIALARMI, G., MARZO, C., SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “Rider. Quale Lavoro?” *Professionalità Studi*, núm. 1/IV, 2021, p. 1-216. ISSN 0392-2790.

CRÓNICAS

Efectos colaterales de la pandemia: el impacto del COVID-19 en los derechos culturales. Reciente postura de la relatora especial de Naciones Unidas en su informe de 17 de febrero de 2021

Collateral effects of the pandemic: the impact of COVID-19 on cultural rights. Recent position of the UN Special Rapporteur in her report of 17 February 2021

ELISABET CUETO SANTA EUGENIA

Doctoranda en Derecho Procesal
Universidad de Oviedo (España)

cuetosantaeugenia@gmail.com

Por todos es sabido que la cultura es el motor del crecimiento de una sociedad, y es por ello que los derechos culturales —especialmente los que atañen a minorías, debido a la importancia de preservar su legado cultural específico y valioso— han de ser resguardados y protegidos. Es por esta razón que existe la figura de la relatoría especial de Naciones Unidas en la esfera de los derechos culturales, cuyo mandato se inició en el año 2009 y se ha ido renovando y manteniendo desde entonces¹.

Cuando el pasado año estalló la pandemia sanitaria de la COVID-19, la relatora especial llevó a cabo un análisis acerca del modo en que esta crisis afectaba a los derechos culturales, llegando a la conclusión de que los derechos culturales se estaban viendo perjudicados de forma clara y directa. Tras llevar a cabo un estudio y análisis², la relatora

Recepción: 04/07/2021

Aceptación: 08/07/2021

Cómo citar este trabajo: CUETO SANTA EUGENIA, Elisabet, “Efectos colaterales de la pandemia: el impacto del COVID-19 en los derechos culturales. Reciente postura de la relatora especial de Naciones Unidas en su informe de 17 de febrero de 2021”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 263-266, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.10>

¹ *Vid.* Página web del mandato de la Relatora Especial en la esfera de los derechos culturales: <https://www.ohchr.org/sp/issues/culturalrights/pages/srculturalrightsindex.aspx>, visitada por última vez el 2 de julio de 2021.

² En estrecha relación con esto, cabe mencionar que con posterioridad a la publicación del informe al que esta crónica hace referencia, la relatora elaboró un cuestionario con la intención de continuar analizando el impacto de la COVID-19 en los derechos culturales a nivel global. Dicho cuestionario fue difundido entre diversos gobiernos estatales y regionales, autoridades locales, organizaciones internacionales y nacionales, instituciones nacionales de derechos humanos, organismos de igualdad y organizaciones de la sociedad

publicó el informe al que la presente crónica hace referencia³, que tiene una relevancia importantísima: la pandemia ha cercenado gran cantidad de derechos y los relativos a la cultura no han sido en absoluto una excepción.

El presente informe hace hincapié en el impacto de la COVID-19 en los derechos culturales, especialmente de las minorías o pueblos indígenas que en muchos casos se han visto marginalizados y condenados al ostracismo, padeciendo consecuencias fatales. En la introducción del informe, se hace referencia a la interconexión existente entre todos los derechos humanos y la importancia de velar por la garantía de todos ellos, estableciendo la correlación entre la crisis sanitaria y la falta de derechos culturales en múltiples casos.

De este modo, se mencionan de forma sucinta una serie de artistas y músicos irremplazables que han fallecido durante la pandemia, se hace mención a la importante crisis económica que ha llevado a la bancarrota a industrias musicales, artísticas, museos, el cierre de los espectáculos en vivo, etc. Para contrarrestar esto, se hace referencia a las nuevas formas de arte, eventos y entretenimiento de manera telemática, incluyendo entre estos los encuentros artístico-religiosos. Esto es a su vez problemático: no deja de ser un factor que abre más la brecha de la desigualdad previamente existente, dado que todas aquellas personas sin recursos económicos para tener una conexión a internet o un ordenador han quedado mucho más descolgados y apartados de lo que ya estaban.

En el tercer apartado del informe se hace referencia al papel específico de la cultura durante la pandemia, estableciéndose la importancia de las artes como vital a la hora de prevenir riesgos de salud tanto física como mental. También se hace alusión a la manera de lidiar con los problemas de acceso a la cultura por parte de diversos estados. De este modo comprendemos que también esta cuestión ha sido desigual, dado que no todos los países han respondido de la misma manera —el informe dice en su párrafo número 36 que, dado que no todos los países disponen de la misma cantidad de recursos para hacer frente a la crisis, deberían desarrollarse herramientas o mecanismos que permitiesen coordinar esfuerzos entre estados, de cara a que la solidaridad a este respecto pueda ser global—.

En aras de dotar de una nota alegre al informe, se establece una relación de obras y manifestaciones artísticas inspiradas por la pandemia, haciendo hincapié en la importancia de emplear el arte no únicamente como medio para mostrar belleza, sino también como herramienta de cohesión social capaz de ayudar a la población a superar una crisis tan grave como la supuesta por la COVID-19. En este sentido, se establece que las crisis tienen potencial positivo de cara a fortalecer la cultura y los derechos culturales, permitiendo que se encuentren soluciones a dichas crisis de una forma respetuosa con los derechos humanos y que, de este modo, se fomente la resiliencia.

civil, entre otros interesados en el mes de mayo de 2020. Al respecto *Vid.* Página web del Informe, Apartado de Metodología:

<https://www.ohchr.org/SP/Issues/CulturalRights/Pages/Covid19.aspx> , visitada por última vez el 2 de julio de 2021.

³ *Vid.* Informe del año 2021 de la Relatora Especial de Naciones Unidas en la esfera de los derechos culturales: “Impacto de la pandemia de COVID- 19 en las culturas y los derechos culturales, A/HRC/46/34, de 17 de febrero de 2021”. Página web: <https://undocs.org/es/A/HRC/46/34> , visitada por última vez el 2 de julio de 2021.

El cuarto apartado del informe aborda un asunto peliagudo: el derecho a la ciencia. En este sentido, la relatora indica que parte de su mandato establece el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones, así como de la libertad científica. Es aquí donde menciona problemáticas que han supuesto verdaderos conflictos durante la pandemia, tales como el negacionismo del virus, los mitos falsamente propagados en relación con cuestiones inherentes a la pandemia, o la desigualdad a la hora de asegurarse dosis de vacunación para según qué países. En relación con la apertura de la ciencia y la igualdad de derechos a la hora de acceder a la misma, la relatora establece la necesidad de profundizar y realizar un informe específico, para lo cual emplaza a la UNESCO.

Los apartados quinto y sexto establecen los pasos necesarios a seguir para mitigar el impacto de la COVID-19 en los derechos culturales y la infraestructura internacional existente con la que contamos para lograrlo: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, las diversas publicaciones del Comité Económico Social y Cultural de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, etc.

Para mitigar el impacto de la COVID-19 en la cultura y los derechos de esta índole resulta absolutamente necesario que los Estados inviertan en tanto en su cultura y ciencia como en sus artistas y científicos. Para ello resultaría interesante que se dotara de financiación pública a los sectores artísticos y culturales. La UNESCO se ha pronunciado a este respecto, recomendando a los gobiernos que inviertan más en la cultura⁴. Esto ha sido respaldado por diversos grupos de la sociedad civil, que están ejerciendo presión para que parte de los fondos de los paquetes de medidas de recuperación frente a la COVID-19 se destinen a estos efectos⁵. El informe de la relatora, además, hace hincapié en la necesidad de promover una perspectiva que tenga en cuenta los derechos culturales, no solo a nivel estatal de cada país, sino también de forma interconectada en una suerte de plan cultural global.

El informe finaliza con una serie de conclusiones y recomendaciones que serían a todas luces útiles si los Estados realizasen el esfuerzo de seguir las. En este sentido, destacan la garantía del acceso a la ciencia, la protección de todas las manifestaciones artísticas, el esfuerzo por reabrir instituciones culturales y establecer relaciones, mecanismos y métodos de colaboración entre las mismas, cubrir gastos de la cultura estatal —evitando realizar recortes a los presupuestos de esta—, y asegurar libertad artística y científica para todos aquellos artistas y científicos que carecen de ella.

En general, el presente informe expone de manera clara y concisa todas aquellas cuestiones relativas al ámbito de los derechos culturales que se han visto afectados de

⁴ De hecho, la UNESCO publicó una guía práctica de cara a fortalecer la cultura ante la crisis sanitaria y construir políticas de resiliencia para que el acceso a la cultura se vea lo menos afectado posible por la pandemia. *Vid. La cultura en crisis: guía de políticas para un sector creativo resiliente*, UNESCO, 2020. Libro en acceso libre en la página web de la UNESCO:

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374633.locale=en>, página visitada por última vez el 2 de julio de 2021.

⁵ *Cfr.* Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas en la esfera de los derechos culturales, *cit.*, Párrafo 54.

manera negativa por la pandemia, haciendo un análisis pormenorizado no solamente de aquellas cuestiones que resultan problemáticas, sino también de posibles modos de contrarrestar o combatir esos problemas. Para ello, se preocupa de narrar posibles pasos a seguir y exponer los instrumentos internacionales que salvaguardan los distintos aspectos a los que el informe hace referencia.

En resumen, el instrumento referenciado en la presente crónica constituye una herramienta valiosa que, de ser seguida por los Estados miembros de Naciones Unidas, devendría de manera muy positiva en la garantía de los derechos culturales a nivel mundial.

RECENSIONES

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, *Planes de formación en igualdad de género*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1^a ed., 2021, 361 páginas

JOSÉ MARÍA URIS LLORET

Doctor en Derecho

Universidad de Murcia (España)

joseull@outlook.es

 <https://orcid.org/0000-0002-7936-1567>

La obra que nos presenta Djamil Tony Kahale Carrillo con el título “Planes de Formación en Igualdad de Género” es un manual perteneciente a la colección Estudios- Aranzadi de la editorial Thomson Reuters-Aranzadi.

El libro aborda con gran rigor y profundidad una materia tan compleja como es la igualdad de género, con la finalidad, entre otras, de formar a educadores y educadoras, personal docente y estudiantes, objetivo que, a nuestro juicio, logra de forma significativa. Pero también es de gran utilidad para todas las personas que tengan interés en dicha materia, siendo una obra de referencia en uno de los retos más importantes que tiene la sociedad en la actualidad: lograr la igualdad de todos los integrantes de la población. Porque, sin ninguna duda, alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres será el primer eslabón para avanzar hacia una sociedad con menos desigualdades.

El conocimiento que muestra el doctor Kahale Carrillo sobre los temas que trata en el manual es fruto de su extensa labor de investigación, en la que en varias ocasiones ha aportado trabajos de indudable interés en las cuestiones que afectan a la igualdad de

Recepción: 12/05/2021

Aceptación: 07/11/2021

Cómo citar este trabajo: URIS LLORET, José María “KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, *Planes de formación en igualdad de género*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1^a ed., 2021, 361 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.^o 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 269-274, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.11>

mujeres y hombres. Nos acercamos, en primer lugar, al más reciente, publicado el pasado mes de abril: “La música y la igualdad a través de sus letras”, un proyecto muy innovador que nos muestra que “la música, a través de las letras de sus canciones, es una herramienta didáctica e idónea para trabajar los diferentes tipos de discriminación (igualdad de género, LGTBI, racismo, discapacidad, entre otros) con el alumnado en el aula”. Pero no es este el único trabajo innovador que ha llevado a cabo, en el año 2014 publicó “El impacto de las apps en la violencia de género” que recibió el XVII Premio Leonor de Guzmán, otorgado por la Cátedra de Estudios de las Mujeres.

Además de las citadas en el párrafo anterior, también queremos mencionar, entre otras, “El derecho de asilo frente a la violencia de género” que recibió el primer premio de la Fundación Aequitas en el año 2009, “La responsabilidad social de género” que recibió el V Premio a la investigación en ética empresarial en el año 2012 y “La violencia de género en el contenido de los estatutos de autonomía”. Asimismo, también citamos las siguientes obras: “La protección jurídica del acoso laboral” y “El acoso laboral (mobbing): tratamiento jurídico y preventivo”, por tratar en el capítulo siete el acoso laboral, sexual y por razón de sexo.

Una vez presentado el libro y el autor, consideramos que debemos detenernos brevemente en el prólogo y en la presentación, porque nos acercan de forma muy precisa al contenido de la obra y nos sirven de guía para iniciar su lectura. La señora García Mendez, Directora General de Mujer y Diversidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, señala en el prólogo que vivimos en la sociedad de la información y el conocimiento, tenemos acceso a un número ingente de datos, como nunca hubieran imaginado generaciones anteriores, pero también estamos expuestos a una información que no es fiable y que nos puede confundir, por lo que es preciso, como señala la autora citada anteriormente, que los datos que recibimos estén organizados, que tengan un orden que les dé sentido.

Y, en este aspecto, consideramos que la obra que estamos examinando puede ser básica para las personas que inician sus estudios sobre esta materia, al presentar de una forma tan didáctica la información. Además, es de utilidad para las personas que quieran ampliar su conocimiento sobre la temática que estamos tratando, porque la bibliografía, las lecturas que recomienda, las leyes que cita, las declaraciones de organismos institucionales y las sentencias que aporta son un punto de partida de un trabajo de investigación en género e igualdad, dado que dibuja un horizonte muy amplio.

Asimismo, la señora Lucas Bermúdez, Directora de la Unidad de Igualdad de la Universidad Politécnica de Cartagena, al hacer la presentación de la obra, expone que el autor trata conceptos fundamentales como la teoría feminista, la mujer y el mercado de trabajo, el acoso sexual y laboral, la violencia de género, la conciliación de la vida laboral y personal o los planes de igualdad que son esenciales en todos los ámbitos sociales.

El nivel tan alto del conjunto de la obra del doctor Kahale Carrillo conlleva que el realizar un resumen objetivo y analítico de la monografía que estamos examinando en la presente

recensión, por una parte, sea una tarea grata por los conocimientos que nos aporta su estudio, pero, por otra parte, es de una gran responsabilidad, porque queremos trasladar en nuestra exposición el interés que nos ha suscitado dicha monografía.

Antes de entrar en la descripción del contenido, entendemos que debemos observar que la igualdad de género es un tema muy complejo debido a la discriminación que han sufrido y aún sufren las mujeres en todas las áreas. Acercarse a hechos tan críticos, entre otros, como la violencia que se ejerce sobre ellas es una labor muy difícil, si además esa monografía va dirigida a formar en género e igualdad a una sociedad multicultural, donde conviven personas que proceden de distintos puntos geográficos del planeta que, como es evidente, han tenido experiencias muy distintas y pueden tener un punto de vista diferente. La forma tan clara en que se exponen los conceptos, pese a la complejidad que entrañan, así como la amplia información que se aporta, facilita la comprensión de su contenido a una sociedad global como es la nuestra.

Asimismo, el autor también tiene presente la descentralización del estado español y las competencias que en materia legislativa tienen las comunidades autónomas, haciendo referencia a las normativas autonómicas más relevantes, destacando, por ejemplo, en relación a la definición de la violencia de género a la Ley canaria 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género y a la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón.

La obra se estructura en diez capítulos, ordenados con muy buen criterio, y todos siguen un mismo esquema: en el primer punto se expone el objeto de estudio de ese apartado y el análisis que se va a realizar, desarrollando después en varios epígrafes el tema propuesto, continua con unas actividades voluntarias y preguntas de autocomprobación, aportando también en el punto siguiente las respuestas para que se pueda evaluar el conocimiento adquirido y, en el último enunciado, apunta la bibliografía recomendada y consultada. Cierra el libro un glosario que contiene todas las palabras utilizadas. Asimismo, la obra se presenta en formato dúo (papel+eBook), que nos proporciona todas las ventajas del libro electrónico.

Estamos viviendo y hemos vivido durante siglos en un modelo de sociedad anacrónico que dejaba a las personas del sexo femenino en un segundo lugar en todos los ámbitos, para seguir avanzando hacia un modelo de sociedad en que todas las personas tengan igualdad de oportunidades, es necesaria la formación en género e igualdad en diversos espacios, principalmente en el educativo y laboral, y dar un apoyo significativo a la labor de investigación. En este sentido, la obra que estamos analizando es de suma utilidad para todas las personas que estén interesadas en conocer las circunstancias que acontecen en la igualdad entre hombres y mujeres.

Partiendo de ese punto, juzgamos que los tres primeros capítulos son básicos para acceder a las cuestiones de género e igualdad, independientemente del fin que persigan las personas que se acercan a la materia que estamos examinando. Porque, en el primer

capítulo, a modo de introducción se exponen los conceptos fundamentales, con el objetivo de que la lectora y el lector se familiaricen con esos términos que son básicos en la formación en igualdad de género. Conocer, entre otras, lo que significa las expresiones: perspectiva de género, discriminación indirecta, discriminación por asociación, es necesario para toda persona que quiera adentrarse en estudios relacionados con la igualdad entre mujeres y hombres, y usualmente hay que buscarlos por distintas publicaciones, por lo que consideramos que de la forma en cómo se desarrolla el primer apartado del libro facilita el conocimiento de dichos conceptos.

En el segundo capítulo “se hace un recorrido de las políticas de igualdad desde el ámbito internacional, pasando por el comunitario hasta llegar por lo regulado en el ordenamiento jurídico español” (p. 64). El epígrafe se inicia con unos apartados sobre “La igualdad entre mujeres y hombres” y “Las políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres” para a continuación reseñar los datos más importantes de las Conferencias Mundiales sobre la Mujer”.

Aunque aún estamos muy lejos de lograr la igualdad de género, se han realizado importantes avances en los últimos siglos gracias a la lucha y el tesón de muchas mujeres que de forma ejemplar han trabajado para superar un orden androcéntrico. El tercer capítulo nos traslada a ese esfuerzo de millones de mujeres, haciendo “un recorrido de las teorías y movimientos de mujeres a través de la historia” (p. 93). El “punto de partida surge con el origen y la definición de feminismo” (p. 93), para en los apartados siguientes describirnos las olas del feminismo en la historia, el feminismo socialista, los movimientos feministas en nuestro país y las circunstancias en que se han desenvuelto desde principios del siglo XX.

Es difícil, por lo menos para quien escribe estas líneas, tratar ciertos asuntos desde un punto de vista material, menos cuando se trata de un tema tan enraizado en la vida de las personas como es la igualdad entre mujeres y hombres, pero es indudable que, para conquistar espacios de libertad, tiene un peso importante la incorporación al mercado de trabajo. Así tenemos que, desde la década de los sesenta del siglo pasado que se incorporaron las mujeres de forma más numerosa al trabajo remunerado, han tenido una presencia más importante en la sociedad, llegando a ámbitos profesionales donde siempre habían sido excluidas, como por ejemplo la judicatura. La primera jueza española tomó posesión de su juzgado en 1972, casi cincuenta años después, según el último informe de Estructura demográfica de la Carrera Judicial, el 54,85 por ciento del total son mujeres.

La importancia que tiene para la igualdad de género el trabajo remunerado en el contenido de la obra lo podemos observar al dedicar cuatro capítulos a esa temática, partiendo del capítulo cuarto donde se expone la situación de las mujeres en el mercado laboral, así como la discriminación que sufre en dicho ámbito con el objetivo de expulsarla de los centros productivos o dejarla en una situación subalterna. Para posteriormente hacer un análisis de la evolución del mercado de trabajo, finalizando con el apartado de “La mujer en la dirección de la empresa” en la que afirma que “a pesar de poseer una mayor formación y, generalmente, las características apropiadas para desempeñar la dirección

de la empresa, cuenta con la tasa más elevada de desempleo, ocupa trabajos a tiempo parcial, obtiene salarios inferiores al hombre y tiene menos oportunidades de promoción profesional hacia puestos de trabajo que implican poder y toma de decisiones” (p. 140).

Entre los obstáculos que impiden lograr el objetivo de una sociedad igualitaria, uno de los más importantes es que la atención a la familia y el hogar no sea asumida en mayor medida por las mujeres. Consciente de esa realidad, el autor de forma exhaustiva en el capítulo cinco analiza las medidas para conciliar la vida personal, laboral y familiar, en donde se exponen las reducciones del tiempo de trabajo, los permisos, las excedencias, la conciliación del trabajo con la maternidad y la paternidad y los riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural.

En el capítulo sexto se analiza la igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Se emprende con la prestación salarial para tratar posteriormente la igualdad salarial, el principio de transparencia retributiva y los instrumentos de transparencia retributiva, tales como el registro retributivo y la auditoría retributiva que “tiene por objeto obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución” (p. 220).

El varón, hasta hace aproximadamente sesenta años, ostentaba el espacio laboral en exclusividad y un número importante de ellos percibió la llegada de la mujer a ese ámbito como una amenaza, utilizando la violencia para intimidarla o expulsarla de los centros de trabajo. En el manual se exponen con exactitud las conductas incívicas que se utilizan para agreder a las trabajadoras, tales como el acoso laboral, el sexual y por razón de sexo, matizando, para un mejor conocimiento de esos comportamientos violentos, las diferencias que existen entre esos actos hostiles.

En el capítulo séptimo se examina la violencia más grave que sufren las mujeres, estudiando la violencia de género y los conceptos afines, el derecho a la información y asistencia social integral y jurídica gratuita que tienen las víctimas, así como los derechos laborales y prestaciones de la seguridad social.

“El plan de igualdad es una herramienta estratégica que comprende una serie de acciones para integrar la igualdad entre mujeres y hombres en la gestión de una organización laboral, que fija los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución; así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Por tanto, el plan de igualdad comporta, en esencia, la idea de unidad, estructura y coherencia interna” (pp. 292-293). De la definición que realiza el autor de dicha herramienta que persigue la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los centros de trabajo podemos deducir la importancia que tiene conocer el proceso de implantación de los planes de igualdad en las organizaciones, que se recoge ampliamente en el capítulo noveno.

Para finalizar, el último capítulo estudia el distintivo empresarial en materia de igualdad, “que es un reconocimiento que la Administración pública otorga a todas aquellas empresas que destaque por las medidas que desarrollan para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios” (p. 325). Valoramos positivamente que se dedique un capítulo a dicho distintivo, la divulgación de ese reconocimiento facilitará la igualdad de género en los centros de trabajo.

Por todo lo expuesto, consideramos que estamos ante una obra de referencia a tener muy en cuenta en la formación de igualdad de género. Su consulta será necesaria, tanto para las personas que inicien dicho estudio, así como para las que ya han avanzado en la materia citada, porque el análisis que realiza y la información que ofrece son de suma utilidad para ampliar su conocimiento.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1^a ed., 2018, 395 páginas*

CRISTINA ALONSO SALGADO

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela (España)

cristina.E@usc.es

 <https://orcid.org/0000-0002-0383-3169>

Como nobleza obliga, no podemos sino comenzar la presente recensión con el establecimiento de una cautela más que imprescindible. La prevención se efectúa en el ánimo de ubicar a los profanos del Derecho Procesal en el debate de la literatura especializada española: hace años que la doctrina procesal ha desatendido lo que, habida cuenta de su propia naturaleza, debiera constituir una prioridad absoluta: el análisis del proceso contencioso-administrativo.

Aclarado este extremo, corresponde comenzar apuntando que la obra que ahora centra nuestro interés efectúa una radiografía precisa en relación a la primera instancia y la ejecución del procedimiento ordinario. Con ese horizonte, la autora, la Catedrática de Derecho Procesal, Raquel CASTILLEJO MANZANARES, no escatima esfuerzos a la

Recepción: 27/07/2021

Aceptación: 20/12/2021

Cómo citar este trabajo: ALONSO SALGADO, Cristina, “CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1^a ed., 2018, 395 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.^o 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 275-277, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.12>

* Financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/ _Proyecto “Veinte años de la LJCA: una revisión crítica desde la perspectiva procesal” (DER2017-88678-P).

En el marco de la “Axuda da Xunta de Galicia para a consolidación e estruturación de unidades de investigación competitivas de Galicia (grupos de potencial crecimiento)” para el período 2019/2021 (exp. ED431B 2019/14).

hora de abordar las principales cuestiones controvertidas de la materia, siempre, desde un enfoque inequívocamente procesal.

La estructura de la obra se arquitectura en tres Capítulos. En el primero, presidido por un carácter marcadamente introductorio se analizan cuestiones generales relativas al objeto central de la publicación que van desde las partes, los principios, el ámbito, la competencia y la “extensión de la jurisdicción contenciosa administrativa”; hasta el objeto, el silencio administrativo negativo, la cuantía, las medidas cautelares y la acumulación de pretensiones y procesos.

Efectuada la preceptiva monitorización preliminar, en el segundo de los Capítulos examina la autora, en relación al procedimiento en primera o única instancia, aspectos tales como: las diligencias preliminares; la interposición y admisión del recurso; la demanda y las aptitudes del demandado frente a la misma; cuestiones vinculadas con la prueba (objeto, carga, medios de prueba y procedimiento probatorio); la vista, conclusiones y sentencia; las costas procesales; y, finalmente, las fórmulas alternativas de terminación del proceso.

Finaliza la obra con un tercer Capítulo que sitúa el foco sobre el procedimiento de ejecución. No se trata de una cuestión de orden menor: la propia naturaleza y leitmotiv del proceso contencioso-administrativo generan, como es sabido, un océano nada desdeñable de dificultades, objeciones y reparos evidenciados a diario por nuestra práctica forense. Quien estas líneas consulta bien sabe que esto que se destaca no constituye nada nuevo bajo el sol: durante más años de los deseables la ejecución en este específico ámbito ha estado prácticamente vacía de contenido.

Precisamente por ello la autora efectúa un esfuerzo analítico de calado para analizar, entre otros elementos de debate, la ejecución fraudulenta, la inembargabilidad de los bienes de la Administración pública, la ejecución dineraria, la ejecución impropia o la ejecución de condena a realizar una actividad.

Y procede la autora, de manera magistral combinando un lenguaje directo con un mensaje con carga de profundidad. CASTILLEJO MANZANARES no sólo se adentra en un territorio, como se anticipaba, poco explorado en los últimos tiempos por la doctrina procesalista, sino que lo hace sin rehuir ninguna controversia, abordando el combate técnico-jurídico desde una perspectiva netamente académica y con la generosidad de quien entiende que, el actual proceso contencioso-administrativo, en su presente configuración, adolece de una falta de garantías procesales que resulta, como poco, preocupante.

Lejos de formulaciones afortunadamente ya pretéritas, la autora persevera con tenacidad académica en algo que por evidente no debiera dejar de ser destacado: el proceso contencioso administrativo constituye un verdadero proceso y, en tal condición, debe exigírsele. La posición privilegiada de la Administración no puede comportar una suerte de justificación para cualquier tipo de incidencia de índole procesal. Éstas pueden venir,

en algunos casos, determinadas, en efecto, por la propia naturaleza de las partes. Con todo, no puede servir ello para sostener la vigencia de una suerte de patente de corso que, en tanto que anacrónica, no permite una defensa plausible.

Sin hacerle en absoluto Justicia, entendemos que lo señalado hasta el momento basta para efectuar una composición de lugar, siquiera aproximada, sobre la publicación que nos ocupa. Porque, más allá de cualquier otra consideración, “El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario” constituye un muy buen ejemplo de la cada día más imprescindible aportación de la Academia al debate de la reforma legislativa.

Por todo cuanto se viene de referir, no cabe sino recomendar vivamente la lectura de una obra que está llamada a convertirse en una auténtica referencia para los teóricos y prácticos del siempre esquivo proceso contencioso-administrativo.

PASCUAL-VIVES, Francisco, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, International Studies in Human Rights, vol. 129, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019, 290 pages

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público

Universidad de Cádiz (España)

alejandro.delvalle@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-0597-4130>

In this monograph, Doctor Pascual Vives presents us a peculiar journey through international case law and practice with regard to the main human rights treaties, the European Convention on Human Rights (EConHR) and the American Convention on Human Rights or Pact of San José (AConHR), with their own bodies and courts of interpretation and application, mainly the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR).

The title of this book by Pascual Vives places us, at the outset, before what appear to be specific questions of interpretation of certain human rights treaties. However, the concept of consensus will allow the author to give a much broader dimension to these ideas. This concept will lead him to combine key institutions and concepts of International Law in what is, in fact, a theoretical and practical exercise on the functioning and coordination problems of the entire international order and its different normative sub-sectors.

Of course, this is something complex: studies of case law and the interpretation of case law with comparative analysis are complex; even more so, those which detect concepts, interpretative theories, legal doctrines and ways of reasoning in comparative jurisprudential interpretation. And even more complex are those which, along these lines,

Recepción: 29/11/2021

Aceptación: 20/12/2021

Cómo citar este trabajo: VALLE GÁLVEZ, Alejandro del, "PASCUAL-VIVES, Francisco, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, International Studies in Human Rights, vol. 129, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019, 290 pages", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 279-283, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.13>

carry out case law analyses of human rights treaties in comparative, universal and regional systematics.

We are truly facing the most legally sensitive and practical aspects of human rights in their interpretation by international courts, since, as Professor and ECJ Judge Gil Carlos Rodríguez Iglesias insisted, the real comparative problem of human rights is to determine the scope of the recognised rights, and to calibrate their protection according to this scope in each legal system.

In this book, Dr. Francisco Pascual Vives, Associate Professor of Public International Law at the University of Alcalá de Henares in Spain, makes a very complicated journey through treaties, case law, legal theories, basic concepts, visiting the keystones of the international legal system, human rights conventions and the main international human rights jurisdictions, the ECtHR and the IACtHR.

The journey through these circuits and forums is indeed technically complex, but Dr. Pascual carries it out with naturalness and simplicity. He equips himself with the valuable toolbox of consensus generalis, which is what gives light to the journey and allows him to deduce interesting and important conclusions, based on the existence or not of state practice that demonstrates that there is an agreement on norms, convictions or interests. This will enable human rights courts to identify the standards and laws applicable to a case.

The aim is to examine how the consensualist approach to international law has been installed in the regional human rights sub-systems, and how the ECtHR and the IACtHR use it to interpret, respectively, the EConHR and the AConHR (pp. 8-9). "In fact, our initial hypothesis is that upon invoking consensus either for undertaking an evaluative interpretation or when resorting to the national margin of appreciation to exclude the international responsibility of the State the ECtHR and the IACtHR are acting as international courts and tribunals, and they are adapting a consensualist approach to the institutional framework in which they operate", (pp 1-2).

The book thus presents a very legal, systematic, analytical and rigorous approach. In its structure, there are three rationally designed Parts.

Part I presents the general theoretical framework (consensus, sectoralisation and subsidiarity): Chapter 1, 'The Notion of Consensus in Public International Law'; Chapter 2, 'The Challenges Arising from the Specialization and Sectoralization of Public International Law'; Chapter 3, 'Subsidiarity as a General Principle in International Human Rights Law'.

Part II, which I believe to be the decisive part, discusses the Consensus method and the evolutive interpretation of treaties thanks to it, setting out the reasons that have led the ECtHR and the IACtHR to undertake an evolutionary interpretation of human rights treaties and the formulas by which this consensualist approach has been carried out in

practice. This Part consists of Chapters 4, 'Evolutive Interpretation as a Method of Interpretation in Public International Law'; and 5, 'The Evolution of Regional Human Rights Treaties through the Notion of Consensus'. It is worth noting that the latter Chapter considers how Courts interpret cases in which three Tensions arise, which the author convincingly reflects: the tension between Sovereignty and Cooperation, between Universalism and Regionalism, and between International and Constitutional Jurisdictions.

The author devotes an extensive analysis in Part III to the other side of the consensualism coin, the interpretative technique and method of the National Margin of Appreciation, divided into Chapters 6 'Scope of the National Margin of Appreciation'; 7, 'Intrinsic Circumstances Conditioning the National Margin of Appreciation'; and 8 'Consensus as an Extrinsic Circumstance Conditioning the National Margin of Appreciation'.

The conclusions of this work, which the author modestly calls 'Final Considerations', are the tangible proof of the original research work carried out, where the main conclusions of the journey are set out, with the addition of some final ideas of great interest.

The book contains a number of valuable annexes, such as the Annex of Authors Cited and the Annex of Universal, Regional and Bilateral Treaties. But I would like to highlight the bulky Annex of Jurosprudence and Case law with cited legal cases, which reflects the immense work: it includes cases from the PCIC, the ICJ, the International Tribunal for the Law of the Sea, inter-State and investment treaty tribunals and arbitral bodies, ECtHR, European Commission on Human Rights, ECJ, Inter-American Court of Human Rights, International Criminal Court, WTO dispute settlement bodies, and other international and domestic courts and tribunals. This reflects that the analysis has not been limited to the EConHR-ECtHR and the Inter-American Court and the AConHR.

Overall, this is a highly original and courageous piece of research, both in its theoretical ambition and practical analysis. One gets the feeling that the author has carried out a heavy and rigorous work of research and analysis, and at the same time, that he moves along a delicate thread like a tightrope walker, commenting on and presenting interpretations of very different cases and in very diverse human rights contexts. Like his continuous trips from Europe to America and vice versa, with easy transit through various gateways from one court to another, from one organisation and protection system to another, to different legal contexts, with different legal, institutional and social parameters that he knows very well. It is as if a vast amount of research had been done and written beforehand, and here in this book only the conclusions of the jurisprudential analysis of cases or lines of jurisprudence are presented.

In reality, the book reflects a solid line of research developed by the author over many years, and reflected in works published in journals such as the *Anuario Español de Derecho Internacional* or the *Revista Española de Derecho Internacional*. It also reflects his good command of the core issues of international law, and how he handles the key

pieces of the legal system, analysing how they interwoven into the essential issues of international law today.

Thus, the study is crossed by issues such as the Sovereignty/Protection of Human Rights Dialectic and the ascending role of this protection in international normative and judicial venues. It also deals with the now classic problem posed by international jurisdictions to the unity of the international legal order, and sheds interesting light on how traditional categories of international law can defuse the dangers of sectorialisation, in a welcome updating of these problems.

The work has the freshness to tackle these varied and novel issues, but from a solid knowledge of the doctrinal classics on international legal structures, institutions and concepts, and with a vast knowledge of the case law and jurisprudence of human rights courts and bodies.

This systematic and rational analysis leads him to interesting approaches to cross-fertilisation beyond the European legal spheres. His main contribution, of course, is the demonstration of Consensus as an essential element used by the Courts to determine the existence, evolution and practical scope of conventional human rights norms. And how "this consensus generalis constitutes an excellent mechanism to adapt the regional human rights treaties to the contemporary social reality, respecting their object and purpose and progressively extending the spectrum of rights recognised to individuals" (p. 227), thus showing the impact of consensus on the evolution of the legal system. But alongside this, there are other very relevant contributions, such as the demonstration of the reality of the sovereign side of the consensus theory, with the national margin of appreciation, to which he devotes numerous pages and chapters.

Of particular interest to me is his warning of the dangers of judicial activism in the field of Human Rights (Human Rightism) when it is not truly based on a prior general consensus of the States with respect to the hypothesis that arises in a real case. In this sense, the practice of overstep that implies departing from consensus may be of interest for the pretensions of the evolution of international society towards equitable political terrain (a paradigmatic case presented in his opinion by the case of Atala Riff and girls v. Chile, Judgment of 2012 by the ICJHR). But lacking the reality of consensus, this judicial practice goes beyond the borders of international law and is ultimately detrimental to the whole legal system, by opening a flaw in the relations of normative sub-sectors.

In his final thoughts, I would like to highlight the author's observation on the systemic problems that can be caused or are caused by the bulky presence in international courts of specialists in domestic law, with the correlative decrease in the number of international lawyers, of experts trained in international law. This lack of a global perspective within international jurisdictions makes it difficult to articulate normative and jurisprudential elements of intra-systemic coordination in the international order.

A few words about the author. Francisco Pascual Vives has been a recognised specialist in certain subjects, such as human rights and foreign investment, for many years. The legislative changes in Spain regarding accreditations and competitions to university positions have meant that he has arrived at the Associate Professor tenure with more than enough recognition and merit. His extraordinary capacity for work means that what for others may be feats achieved with great energy and exhaustion, in his case seem to be achieved naturally. In short, his personal, professional and intellectual maturity is very evident in this book.

Finally, I would like to end this commentary on Francisco Pascual's book with a reference to his Academic Mentor, Carlos Jiménez Piernas, Professor and Head of the International Legal Office of the Ministry of Foreign Affairs during many years. Professor Jiménez has for decades imbued his disciples at various universities (Alicante, Alcalá, Elche) with the ideas of seriousness, rigour and self-respect in university work. He has always insisted on practical analysis, on detecting and following the process of codification of international norms, on analysing with conceptual depth the institutions of international law. This teaching and guidance has helped privileged minds such as that of Dr. Pascual Vives to find a brilliant professional university path.

