

ANNALES

de la Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

40

2023



Anales de la Facultad de
DERECHO

Anales de la Facultad de
DERECHO

Universidad de La Laguna

DIRECTOR

Andrés Manuel González Sanfiel (ULL)

SUBDIRECTORA

Alicia González Navarro (ULL)

SECRETARIA DE LA REVISTA

Irene Navarro Frías (ULL)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Marcel Bonnet Escuela (ULL), Etelvina de las Casas León (ULL),
Ulises Hernández Plasencia (ULL), Ruth Martinón Quintero (ULL),
Vicente Navarro Marchante (ULL), Margarita I. Ramos Quintana (ULL),
María Elena Sánchez Jordán (ULL).

CONSEJO ASESOR

Andrea Bonomi (Université de Lausanne, Suiza), Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Antonio Fernández de Buján (Universidad Autónoma de Madrid), Tomás López Frago (Universidad de La Laguna), María Elvira Méndez Pineda (University of Iceland, Islandia), Manuel Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca), María Ángeles Parra Lucán (Universidad de Zaragoza), Johann-Christian Pielow (Ruhr-Universität Bochum, Alemania), Carlos María Romeo Casabona (Universidad del País Vasco), Esteban Sola Reche (Universidad de La Laguna), Rolando Tamayo Salmarán (Universidad Nacional Autónoma de México), Francisco José Villar Rojas (Universidad de La Laguna), Stefan Vogenauer (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Alemania), Katharina Beckemper (Universidad de Leipzig), Juana Pulgar Ezquerro (Universidad Complutense de Madrid).

EDITA

Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna
Campus Central. 38200 La Laguna. Santa Cruz de Tenerife
Tel.: 34 922 31 91 98

DISEÑO EDITORIAL

Jaime H. Vera
Javier Torres/Luis C. Espinosa

MAQUETACIÓN Y PREIMPRESIÓN

Servicio de Publicaciones

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2023.40>

ISSN: 0075-773X (edición impresa) / ISSN: 2530-8319 (edición digital)

Depósito Legal: TF 734/81

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin permiso del editor.

Anales de la Facultad de
DERECHO

40

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, 2023

ANALES de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. –La Laguna: Universidad, Servicio de Publicaciones, 1991–

Anual

Es continuación de: Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.

ISSN: 0075-773X (edición papel); e-2530-8319 (edición digital)

1. Derecho-Publicaciones periódicas I. Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.
34(05)



La Agencia Nacional de evaluación del sistema universitario y de la investigación (AGENZIA NAZIONALE DI VALUTAZIONE DEL SISTEMA UNIVERSITARIO E DELLA RICERCA) ha incluido la Revista *Anales de la Facultad de Derecho* de la Universidad de La Laguna en la clasificación de revistas que computan para las habilitaciones del sistema de profesorado en Italia.

La correspondencia relativa a la revista debe dirigirse a:

Anales de la Facultad de Derecho

Servicio de Publicaciones

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Campus Central

38200 LA LAGUNA (TENERIFE, ESPAÑA)

SUMARIO / CONTENTS

ARTÍCULOS / ARTICLES

La reutilización del agua como servicio público (la experiencia de la Ley de Aguas de Canarias) / The water reuse as a public service (experience from Canary Islands Water Act)
Francisco José Villar Rojas..... 9

Situación actual del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en España. Especial referencia a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo / Current situation of the use of timesharing of Real Estate in Spain. Special reference to the recent jurisprudence of the Supreme Court
Jagdish Kumar Chulani Raymond..... 33

La posible vulneración de los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos a través del uso de dispositivos de videovigilancia en las comunidades de propietarios / The Potential Violation of Privacy, Personal Image, and Data Protection Rights through the Use of Surveillance Devices in Homeowner Associations
Eduardo Gestido Castilla..... 59

Profili civilistici della responsabilità del medico in Italia: lineamenti di una comparazione fra modello italiano e ordinamenti Spagnolo, Francese e Tedesco / Perfiles de derecho civil de la responsabilidad del médico en Italia: esquemas de una comparación entre el modelo italiano y los sistemas español, francés y alemán
Gianluca Moschetti..... 99

COMENTARIO / COMMENT

Reinterpretando las relaciones familiares a la luz del principio de solidaridad / Reinterpreting family relationships in the light of the principle of solidarity
Amine Vega Pirasteh..... 129



LAUDATIUS / LAUDATIUS

En memoria de un maestro inolvidable: Manuel Álvarez de la Rosa / In
memory of an Unforgettable Maestro: Manuel Álvarez de la Rosa

Área de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social de la ULL.....

147

En memoria del profesor doctor José Luis Sánchez-Parodi Pascua / In
memory of Professor Doctor José Luis Sánchez-Parodi Pascua

Lourdes Melero Bosch.....

149

ARTÍCULOS / ARTICLES

LA REUTILIZACIÓN DEL AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO (LA EXPERIENCIA DE LA LEY DE AGUAS DE CANARIAS)

Francisco José Villar Rojas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El Reglamento Europeo 2020/741 establece un conjunto de obligaciones sobre reutilización del agua que suscitan la cuestión de si su cumplimiento exige la implantación de un nuevo servicio público. Desde 1990, la Ley de Aguas de Canarias declara servicio público la reutilización del agua. El presente trabajo analiza el significado de esa declaración legal, los motivos que la explican y su eficacia real en los años transcurridos desde su aprobación. Con esa referencia se identifican los elementos imprescindibles para que la reutilización de agua pudiera ser configurada como servicio público.

PALABRAS CLAVE: reutilización del agua, aguas regeneradas, declaración de servicio público, consumo obligatorio.

THE WATER REUSE AS A PUBLIC SERVICE
(EXPERIENCE FROM CANARY ISLANDS WATER ACT)

ABSTRACT

European Regulation 2020/741 establishes a set of obligations on water reuse that raise the question of whether compliance requires the implementation of a new public service. Since 1990, the Canary Islands Water Law of 1990 declares the reuse of water a public service. This work analyzes the meaning of that legal declaration, the reasons behind and its effectiveness in the years since its approval. That reference allows identify the elements that are necessary so that water reuse could be configured as a public service.

KEYWORDS: water reuse, water regenerate, public service legal declaration, consumption mandatory.



9

1. PLANTEAMIENTO: EL REGLAMENTO (UE) 2020/741 SOBRE REUTILIZACIÓN DE AGUA¹

El Reglamento (UE) 2020/741, de 25 de mayo, establece los requisitos mínimos para la reutilización del agua en el ámbito de la Unión Europea, en concreto, para la utilización en condiciones de seguridad y calidad de las aguas regeneradas en un contexto de gestión integrada del agua².

A estos efectos, esa disposición impone un conjunto de obligaciones, siendo las más importantes la exigencia a las autoridades competentes para la elaboración de un plan de gestión del riesgo de agua regenerada y la sujeción de la producción y el suministro de aguas regeneradas a un permiso administrativo previo a otorgar de acuerdo con el plan de gestión del riesgo de agua regenerada en el que, entre otros aspectos, se concrete la clase o clases de calidad de las aguas regeneradas y el uso agrícola al que se puedan destinar, el lugar de utilización, las estaciones regeneradoras de aguas y el volumen anual estimado que se haya de producir, así como las condiciones relativas a los requisitos mínimos de calidad y control. El Reglamento es aplicable desde el 26 de junio de 2023³.

El cumplimiento de las obligaciones impuestas por ese Reglamento europeo ha suscitado la cuestión de cómo hacerlo, en particular si, más allá de la mera «transcripción» de lo establecido por esa norma europea, en materia de reutilización

¹ Texto escrito revisado de la ponencia impartida en la Jornada «Claves jurídicas para la reutilización del agua a la luz del nuevo Reglamento Europeo 2020/741», celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, el 21 de febrero de 2023.

² El análisis de este Reglamento en los trabajos incluidos en *Observatorio del Ciclo del Agua (2022)* de JIMÉNEZ COMPAIRED, I., «El régimen económico-financiero de la reutilización del agua en España. ¿Cómo llenar un vacío normativo?», pp. 277-310; MOLINA-GIMÉNEZ, A., «La evaluación y gestión del riesgo que conlleva la actividad de reutilización», pp. 311-343; NAVARRO CABALLERO, T. «El Reglamento europeo de la Reutilización del Agua y la Directiva de calidad de las aguas de consumo humano. Principales novedades», pp. 255-276; y ROMÁN BARREIRO, E., «El reglamento (EU) 2020/741 relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua. Principales novedades y propuestas de reforma legislativa en España», pp. 345-371.

³ El Texto Refundido de la Ley de Aguas (aprobado por R.D.-Legislativo 1/2001, de 20 de julio) se ha adaptado a las previsiones del Reglamento europeo a través del R.D.-Ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y el agravamiento de las condiciones del sector primario, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas. Esa adaptación consistió en la modificación del capítulo III, *de la reutilización de las aguas*, dando nueva redacción al artículo 109 y añadiendo los artículos 109.bis a 109. quinquies. Siguiendo el tenor literal de la norma europea, la producción y suministro de aguas regeneradas se somete a autorización previa del organismo de cuenca, imponiendo a las partes responsables y a los usuarios finales la elaboración de un plan de gestión del riesgo de las aguas regeneradas, que deberá acompañar la solicitud de autorización (art. 109.ter). Como singularidad, la reforma impone a las administraciones competentes en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración de aglomeraciones urbanas de más de 50 000 habitantes la obligación de elaborar planes que fomenten la reutilización de las aguas asociados a los usos urbanos (art. 109.2). De forma expresa se declara que queda prohibida la reutilización de aguas para el consumo humano directo (art. 109.3).

de las aguas regeneradas lo adecuado sería su configuración legal como un servicio público, en línea con el régimen jurídico del suministro de agua potable y del servicio de alcantarillado⁴.

La idea encuentra un precedente en la Ley 12/1990, de 20 de julio, de Aguas de Canarias, que declaró como servicio público la producción industrial de agua, actividad de la que forma parte la reutilización y la regeneración. Las páginas que siguen, teniendo en cuenta las singularidades del agua en las islas⁵, analizan el significado de esa declaración legal, las razones de ese pronunciamiento y, a la vista de los

⁴ La reutilización de las aguas residuales regeneradas ha sido objeto de atención por la doctrina especializada a cuyos trabajos es obligado remitirse. En especial, las aportaciones de EMBID IRUJO, A., «Reutilización y desalación de aguas. Aspectos jurídicos», en *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2000, 113-158; SETUÁIN MENDÍA, B., *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 2002, 735 pp. y «El régimen general de la reutilización de aguas regeneradas a la luz de su normativa específica: acordes y desacuerdos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 25, 2010, 1-41; CARO-PATÓN CARMONA, I.I., «La reutilización del agua en España. Críticas al sistema vigente y propuestas de reforma», en *Derecho de Aguas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, 221-244; OLLER RUBERT, M.M., *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2008, 357 pp.; MARINA JALVO, B.B., «Régimen jurídico de la reutilización de aguas regeneradas», *Justicia Administrativa*, 42, 2009, 5-28, y «La reutilización de aguas regeneradas como alternativa para la mejor gestión de los recursos hídricos: régimen jurídico de la actividad de reutilización», *Diario La Ley*, n.º 7366, 2010; NAVARRO CABALLERO, T. (dir.), *Reutilización de aguas regeneradas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2010, 374 pp.; MOLINA-GIMÉNEZ, A.A., «Aproximación al régimen jurídico de la reutilización de aguas regeneradas en España», *Agua y Territorio*, n.º 8, 2016, pp. 36-47; y SETUÁIN MENDÍA, B. (dir.), *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales: derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 502 pp.

⁵ Por su orografía, la mayor parte del agua que se consume en el archipiélago procede de aguas subterráneas (extraída mediante pozos o galerías, 78%), que se complementan con aguas de producción industrial (desaladoras, depuradoras, 21%), siendo muy reducida la aportación de aguas superficiales (balsas, 1%). Esta realidad hidráulica trae consigo que, a diferencia de otras cuencas hidrográficas, en las islas sigue siendo muy relevante la existencia de aguas subterráneas de titularidad privada; un bien objeto de transacciones –compra y venta– en régimen de mercado que sigue vigente (DT 3.ª TRLA y DT3.ª LAC, sobre este derecho transitorio VILLAR ROJAS, F.J., «El derecho transitorio de la Ley de Aguas de Canarias: el inevitable equilibrio entre el dominio público hidráulico y los derechos preexistentes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 83, 1994, 425-454; y CANTERO MARTÍNEZ, J.J., «El régimen transitorio de la Ley de Aguas y los aprovechamientos preexistentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 159, 2002, 221-256. Esta singularidad dio lugar al *Derecho Especial de Aguas de Canarias*, articulado sobre la Ley 59/1962, de 24 de diciembre, sobre autorización de aprovechamiento de aguas y auxilio a los mismos en Canarias, y sobre la Ley de 27 de diciembre de 1956 sobre heredamientos de aguas en el archipiélago canario. Este régimen fue estudiado en profundidad por NIETO GARCÍA, A. (dir.), *Estudios de derecho administrativo especial canario*, t. II, Cabildo Insular de Tenerife, Tenerife, 1968; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989, 189 pp.; y, más reciente, SARMIENTO ACOSTA, M., *El derecho de aguas de Canarias*, Marcial Pons, Madrid, 2002, 302 pp. Con la demanialización de las aguas subterráneas por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, la singularidad siguió siendo reconocida (DA 3.ª LA 1985, actual DA 9.ª TRLA 2001). El Tribunal Constitucional admitió que, de esa Ley estatal, en Canarias sólo se aplica la declaración de dominio público hidráulico, las normas civiles sobre el agua y los principios de organización de la Administración hidráulica (STC 227/1988).



años transcurridos desde que tal declaración se produjo, el grado de influencia que haya tenido en la reutilización de aguas depuradas en las islas⁶; dicho de otro modo, en qué medida la apelación al servicio público ha sido determinante de la acción administrativa en esta materia y las lecciones que pueden extraerse⁷.

2. LA PRIMERA DECLARACIÓN DE LA PRODUCCIÓN INDUSTRIAL DE AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO: LA LEY DE AGUAS DE 1987

El origen de la declaración legal de servicio público para la producción industrial se encuentra en la Ley 10/1987, de 5 de mayo, de Aguas, primera ley de aguas en Canarias, que decía lo siguiente:

- En el preámbulo, la *vinculación* de la *escasez de agua* con la *necesidad de potenciar la producción industrial*:

La paulatina o endémica escasez del agua en las islas hace necesaria la consideración de la producción industrial como servicio público. Habrá de tenderse a esta forma industrial de obtención del recurso para los consumos nuevos de carácter masivo, derivados de fenómenos sociales como el del turismo o el de nuevos asentamientos poblacionales en las costas, en detrimento de los tradicionales de medianías.

- La *declaración* de la producción industrial como *servicio público regional*, en contraposición con los servicios municipales de aguas:

⁶ La realidad se sintetiza en los siguientes datos de 2019: ese año Canarias generó 146 hm³ de aguas residuales, de los que se depuraron 92 hm³ (63%), y, a su vez, del agua depurada, se vertieron al mar 61,64 hm³ (67%) y se reutilizaron 30,36 hm³ (32%). Como referencia, el volumen nacional de aguas reutilizadas es del 10% del total de vertidos urbanos autorizados (4800 hm³). Por islas (cada una es una cuenca hidrográfica diferenciada), los datos son los siguientes: Gran Canaria (aguas residuales: 49,50 hm³, depuradas: 48,00 hm³, regenerada: 12,70 hm³); Fuerteventura (12,30 hm³, 6,00 hm³, y 3,20 hm³); Lanzarote (12,30 hm³, 6,00 hm³, y 0,65 hm³); La Gomera (1,85 hm³, 1,00 hm³, sin regenerada); El Hierro (1,00 hm³, 0,93 hm³, 0,02 hm³) y Tenerife (64,70 hm³, 30,90 hm³, 11,13 hm³). La Palma sin datos. En cuanto al destino del agua regenerada, la mayor parte lo es para el regadío agrícola (casi de forma exclusiva en Tenerife y Gran Canaria), también para riego de dotaciones urbanas –parques, jardines y limpieza de calles– y para necesidades de urbanizaciones turísticas –en particular, riego de campos de golf– (como referencia en Tenerife se destina el 65% a uso agrícola, un 25% a campos de golf y un 10% a usos urbanos e infraestructuras –aeropuertos–). Las instalaciones son en su mayoría públicas, salvo en el caso de las urbanizaciones turísticas. Con más amplitud, *Informe sobre fomento de la reutilización de las aguas residuales*, Dirección General del Agua, octubre de 2020.

⁷ Dentro de una amplísima bibliografía, sobre el servicio público como categoría jurídica, su origen, sus elementos esenciales y su evolución, es obligado remitirse a las explicaciones de ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 3.ª ed. 2004, 533-669; y MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, Cívitas, Madrid, 1998, 324 pp.

Artículo 4.

Al objeto de cumplir los principios enumerados en el artículo anterior, la Comunidad Autónoma de Canarias *declara como servicios públicos regionales* las actividades consistentes en:

1. La producción de agua mediante captaciones, extracciones y otros aprovechamientos.
2. *La producción industrial del agua mediante técnicas de potabilización, desalinización, depuración y otras semejantes.*
3. El transporte del agua en los términos que establece el capítulo VI de esta Ley.
4. La recarga artificial de los acuíferos.

– Y, en cuanto a su *régimen jurídico básico*, los siguientes mandatos:

Artículo 51.

1. *El Gobierno de Canarias*, atendiendo, en su caso, a lo establecido en la planificación, *aprobará la instalación de nuevas plantas de producción industrial de agua* para posibilitar la satisfacción de las necesidades de consumo. Se considerará producción industrial la que no interfiera en el ciclo natural del agua en las islas. (...)
3. *El objeto principal* del establecimiento de instalaciones de producción industrial de agua será *garantizar prioritariamente los consumos urbanos y turísticos*, y al tiempo que *se facilite la aplicación de las aguas de origen terrestre a los usos agrícolas o industriales* en los casos que determine la planificación hidrológica.

Artículo 52.

1. *Los promotores de nuevas urbanizaciones y asentamientos de población en zonas de desarrollo turístico*, así como los de *industrias que impliquen un elevado consumo de agua*, *deberán garantizar, mediante técnicas de producción industrial que no incidan sobre las aguas terrestres*, recursos suficientes para el fin previsto. Asimismo *quedan obligados a poner a disposición de la administración competente el agua residual depurada* de acuerdo con los procedimientos autorizados, que no sea reutilizada en las propias necesidades.

Artículo 53.

En los núcleos de población ubicados en zonas en las que se declare por el plan hidrológico la insuficiencia de agua podrá imponerse en la planificación *la dotación de agua procedente de producción industrial*, siempre que, técnica y económicamente, sea viable. Los planes hidrológicos regularán las condiciones concretas para la ejecución de tal obligación.

Artículo 54.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículos 52 y 53 de esta ley *comprenda a varios sujetos* relacionables entre sí por razones de proximidad física o racionalidad económica, *habiendo sido declarado en el plan hidrológico la conveniencia de explotación consorciada*, *el consejo insular podrá imponer tal situación* como requisito para otorgar las autorizaciones o concesiones pertinentes.

A partir de la declaración de servicio público, el legislador encomienda al Gobierno la dirección y control de la producción industrial, en el marco de la planificación, asumiendo la autorización de las instalaciones, con preferencia por la ini-



ciativa pública, garantizando el destino de las aguas obtenidas hacia los consumos urbano y turístico, con potestad para imponer a los promotores de urbanizaciones turísticas la obligación de implantar esta clase de plantas de producción para atender esas necesarias, reservándose las aguas sobrantes⁸. No se dice de forma directa, pero parece que la declaración lo es en régimen de monopolio⁹.

En buena medida, esta articulación legal es análoga a otras dispuestas en esos mismos años como la declaración del servicio público del gas, incluyendo las actividades de producción:

Se declara servicio público el suministro de combustibles gaseosos por canalización, así como las actividades de producción, conducción y distribución relativas a dicho suministro (art. 1.1 de la Ley 10/1987, de 15 de mayo, del Gas).

Igual declaración para las telecomunicaciones:

«... las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público, con las excepciones que se establecen en los artículos 9, 10, 21 y 22, lo que incluye los servicios finales de telecomunicación (que) son aquellos servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal, y que generalmente requieren elementos de conmutación» (art. 2.1 y 13 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Telecomunicaciones).

Años después, la misma declaración para el suministro de electricidad:

Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica desarrolladas en el sistema integrado constituyen un servicio público, que se extiende a la garantía de suminis-

⁸ En el documento: *Proyecto de Ley de Aguas para Canarias: preguntas y respuestas* (Consejería de Obras Públicas del Gobierno de Canarias) se defendía esta declaración del modo siguiente: «La definición de la producción del agua mediante procedimientos no extractivos como servicio público, responde a la necesidad de regular la responsabilidad de aportar agua a los nuevos consumos que no pueden ser convenientemente cubiertos mediante agua de origen terrestre. Existen actividades que pueden sufragar, sin que signifique un condicionante económico decisivo, el coste de la producción industrial de agua. Tales son, por ejemplo, el turismo, determinadas industrias, los grandes puertos, etc. Si se aíslan estos sectores del mercado de las aguas terrestres, se obtiene un beneficio para sectores menos competitivos en cuanto al uso del agua, como es el caso de la agricultura, en la que el agua y su precio constituyen en muchos casos un factor limitante. (Art. 50). La planificación hidrológica recogerá las previsiones y condiciones de producción industrial. De esta forma se puede redistribuir la carga de la escasez bajo criterios de solidaridad entre sectores económicos. Asimismo, en los casos de islas con un grave déficit, la producción industrial deberá garantizar una parte importante de los recursos para el abastecimiento a la población. Si, además, el agua es depurada y posteriormente reutilizada en agricultura, podemos decir que estamos en parte invirtiendo el sentido del consumo, sacando doble ventaja con un agua no procedente de los mermados recursos naturales» (en <https://mdcs.ulpgc.es/s/mdcte/item/269182>).

⁹ La explicación del alcance del monopolio en los servicios de abastecimiento de agua en VILLAR ROJAS, F.J., «El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela», *Revista Derecho PUCP*, 76, 2016, 207-228.

tro que dicho sistema presta en favor de los usuarios que en el territorio nacional utilicen energía del sistema independiente (art. 1.1 y 2.1 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional).

Como todas estas normas, la Ley de Aguas de 1987 pretendió afirmar la titularidad pública sobre la producción industrial, en un régimen de exclusividad, con base en la escasez del recurso y su necesidad para atender las distintas demandas de agua –urbana, turística, agrícola...–. Pero también –tanto o más relevante– mediante la imposición del deber de utilización a determinados usuarios –urbanos y turísticos–, permitiendo, con ello, una menor presión sobre las aguas subterráneas.

Ahora bien, en los supuestos a que se refieren las leyes anotadas, la proyección de la condición de servicio público sobre las actividades de producción, generación y/o fabricación lo es en tanto necesario para asegurar el buen funcionamiento de los suministros, una vinculación y dependencia que no se reconoce en la Ley canaria de Aguas, aunque sí de modo implícito en la referencia a que su finalidad es «garantizar los consumos urbanos y turísticos».

En lo que aquí importa debe señalarse que esas normas ponen de manifiesto que, más allá de un uso *táctico* de la categoría jurídica, declarar servicio público la producción de un bien, y no una prestación regular y continua –incluidas, claro está, las infraestructuras que le sirven de soporte–, pugna con la naturaleza de las cosas, introduciendo incertidumbre sobre el régimen jurídico aplicable y sobre todo el modo en que funciona. Esto es lo que ocurre con proyectar esa declaración sobre la producción de agua, en este caso mediante un proceso de fabricación o tratamiento industrial. En buena medida, esta declaración legal tropieza con las mismas contradicciones que otras anteriores, como la formulada en su día con las centrales lecheras –que perseguía la higienización de la leche consumida en el país¹⁰–. Fabricar, generar o producir bienes no es, en sí mismo, una actividad de servicio público, para ello es preciso que sea indispensable y se vincule con el funcionamiento de la prestación que sí lo sea¹¹.

Con todo, si alguna medida resulta diferencial, esta es sin duda que la Ley de Aguas de 1987 impusiera a determinados usuarios –urbanizaciones turísticas y grandes consumidores industriales– la obligación de utilizar esa clase de recurso, con entrega de las sobrantes a la Administración titular. Esta es la pieza clave para que la producción industrial pueda calificarse, en sentido técnico-jurídico, de servicio

¹⁰ Ese régimen jurídico y su problemática fue analizado por MEILÁN GIL, J.L., «Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)», *Revista de Administración Pública*, 71, 1973, 59-99. También, en el sector de la energía eléctrica se produjo ese debate sobre la no publicación de la producción por intensa que fuera la intervención administrativa, por todos, SALAS HERNÁNDEZ, J., *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 1977, 502 pp.

¹¹ Se suscita el mismo debate en cuanto a la «autorización» de las aguas regeneradas en el R.D. 1620/2007. De un lado se critica por ser una excepción al régimen de concesión demanial que debería exigirse; mientras que, de otro lado, se defiende ese título en tanto que la regeneración se considera actividad industrial Este debate en SETUÁIN MANDÍA (2010).



público. Junto al restrictivo régimen transitorio que establecía, este fue una de las causas del conflicto político y social que suscitó esta disposición legal autonómica.

La Ley de Aguas de Canarias de 1987 fue declarada conforme con la Constitución, incluyendo de forma expresa las cuestiones más controvertidas: la declaración de la producción industrial de agua como servicio público regional, la obligación de producción industrial impuesta sobre los promotores de nuevas urbanizaciones y el deber de entregar a la Administración el agua residual depurada que no fuera reutilizada (STC 17/1990, en particular, F.J. 17.^o). Sin embargo, *de facto*, las disposiciones de esa Ley no llegaron a aplicarse, primero porque se aprobaron dos leyes de suspensión a término demorando su entrada en vigor (Ley 14/87 y 6/1989) que, si bien fueron declaradas inconstitucionales (STC 46/1990), sin duda produjeron ese efecto; y, en segundo lugar, porque cuando se declara la constitucionalidad de esa Ley, la actual Ley de Aguas de 1990 ya se encontraba en avanzado estado de tramitación parlamentaria, sin que esa sentencia tuviera incidencia en la nueva regulación.

En fin, en lo que aquí se analiza, lo destacable es que la declaración de la producción industrial de agua como servicio público trae causa de esa primera legislación autonómica, de su pretensión de asegurar el control y gestión pública directa de las instalaciones de producción industrial –en aquel momento, la desalación y depuración–, y de imponer su consumo a determinados usuarios; objetivos que, como se verá, el legislador posterior quiso, cuando menos, modular en cuanto a sus efectos sobre la base de reconocer la coexistencia de la iniciativa pública y la privada.

3. LA PRODUCCIÓN INDUSTRIAL DE AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO EN LA LEY DE AGUAS DE 1990

3.1. LO QUE DICE LA LEY DE AGUAS DE 1990

La Ley 12/1990, de 20 de julio, de Aguas de Canarias, actualmente vigente¹², establece como premisa regulatoria la coexistencia de los aprovechamientos de aguas públicas y de aguas privadas (art. 50). A partir de esta previsión, que la diferencia de la Ley de 1987, cuya premisa era la primacía de las aguas públicas, el legislador reformula la declaración de servicio público del modo siguiente:

Artículo 5.

... la Comunidad Autónoma de Canarias *declara como servicios públicos las actividades consistentes en:*

- 1) *La producción industrial de agua, mediante técnicas de potabilización, desalación, depuración u otras semejantes, en los términos previstos en la presente Ley.*

¹² Analizada por DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Guía de la Ley de Aguas de Canarias*, Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1990, 216 pp; NIETO GARCÍA, A., «La legislación de aguas de Canarias», en Antonio Embid Irujo (coord.), *Legislación del agua en las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1993, 101-119; y SARMIENTO ACOSTA (2002).

- 2) El transporte del agua en los términos que de forma específica establece la presente Ley.
- 3) La recarga artificial de los acuíferos.

De este modo, la producción industrial de agua mediante técnicas equivalentes, como es la producción de agua regenerada que pueda ser reutilizada, se declara servicio público. No obstante, a diferencia de la ley de 1987, se habla de servicio público sin el calificativo «regional», en tanto la legislación se decanta por un modelo insular, y, además, se añade: «en los términos previstos en la presente Ley». Este inciso final lleva hacia los artículos 89 a 93, a los que se suma el artículo 72, de la Ley, donde se desarrolla esa previsión legal en términos, cuando menos, poco claros¹³. Esos preceptos disponen lo siguiente:

Artículo 89.

1. *Los Consejos Insulares, atendiendo en su caso a lo establecido en la planificación, autorizarán la instalación de plantas de producción industrial de agua para posibilitar la satisfacción de las necesidades de consumo. Se considerará producción industrial la que no interfiera en el ciclo natural de agua en las islas.*
(...)
3. *El objeto principal del establecimiento de instalaciones de producción industrial de agua será garantizar prioritariamente los consumos urbanos, turísticos y de polígonos industriales, en cuyo caso la producción industrial de agua adquirirá el carácter de servicio público.*
4. *En todo caso, la desalación de aguas y la depuración de aguas residuales requieren autorización del Consejo Insular de Aguas.*

Artículo 90.

- (...)
3. *La autorización o concesión de una planta de desalación no supondrá, de hecho o de derecho, una posición de monopolio en la producción de agua ni excluirá la instalación de plantas públicas destinadas al mismo consumo.*

Artículo 91.

1. *El Consejo Insular, ante la insuficiencia de recursos y a través de los instrumentos de planificación previstos en esta Ley, impondrá a los usos de esparcimiento, turístico e industrial, la utilización de agua de producción industrial.*

Artículo 92.

1. *El Gobierno de Canarias impulsará la instalación de las plantas desaladoras y depuradoras que se precisen en las islas, así como la mejora de la tecnología aplicable mediante los oportunos planes de subvención y fomento, que podrán ser realizados a través de convenios con las entidades locales interesadas.*
2. *Los Consejos Insulares adoptarán medidas necesarias para garantizar el uso adecuado de todas las aguas depuradas sobrantes.*

¹³ En este sentido, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. (1990, 22), más tarde SARMIENTO ACOSTA, M. (2002, 247-251).



La referencia al «servicio público» solo aparece una vez, en el apartado 3 del artículo 89 de la Ley, vinculando esa condición con instalaciones destinadas a producir agua industrial para los consumos urbanos, turísticos y de polígonos industriales. De ello se ha concluido que, cuando el destino de esas aguas sea otro, en especial el uso agrícola, quedaría fuera de esa declaración, funcionando en régimen de mercado¹⁴.

Es cierto que, en caso de insuficiencia de recursos y en el marco de la planificación, el legislador reconoce a los consejos insulares la facultad de establecer medidas de obligado cumplimiento, como el deber de utilizar agua de producción industrial –usos esparcimiento, turístico e industrial–. Pero, como queda de manifiesto, la clave de esta regulación es la remisión: «en los términos previstos en la presente Ley», que difumina los títulos de intervención. Tan es así que la regulación transcrita recuerda más a la ordenación de un sector económico privado de interés público que a un servicio público, un sector económico que, además, se quiere impulsar con una política de fomento. Sin desconocer que la norma habla de autorización como título habilitante general, y, a continuación de autorización o concesión, dificultando la calificación.

3.2. LO QUE ORDENÓ EL REGLAMENTO DE ESTÁNDARES TURÍSTICOS DE 2001

Con posterioridad a la aprobación de la Ley de Aguas de Canarias, se produjeron cambios significativos en la normativa estatal sobre producción industrial mediante desalación, una técnica cuya regulación influirá directamente en la ordenación de la regeneración y reutilización. En concreto, la desalación fue objeto de regulación por el R.D. 1327/1995, de 28 de julio, sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre; y, a continuación, la Ley 46/1999, que modificó la Ley de Aguas de 1985, *liberalizó* la desalación de agua¹⁵. En 2001, la Ley de Aguas fue reemplazada por el Texto Refundido de la Ley de Aguas, que continúa vigente.

En las islas, en esos años, el conflicto del agua dio paso al conflicto del territorio, en particular a la «moratoria turística», con su correspondiente producción normativa¹⁶. Una de esas disposiciones, el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los estándares turísticos, estableció una doble obligación para las nuevas urbanizaciones turísticas, en los términos siguientes:

¹⁴ JIMÉNEZ SHAW, C. *El régimen jurídico de la desalación de agua marina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 524 pp.

¹⁵ Sobre esto, JIMÉNEZ SHAW, C. (2003), AGUDO GONZÁLEZ, J., «La desalación de aguas marinas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 34, 2004, 83-148; y SUAY RINCÓN, J., «La problemática jurídica de las desaladoras», en Santiago González-Varas (dir.), *Aguas y urbanismo*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2005, 57-84.

¹⁶ Sobre la moratoria turística, por todos, SIMANCAS CRUZ, M., *La moratoria turística de Canarias*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 2015, 472 pp.



Artículo 8. Dotaciones mínimas de infraestructura y servicios.

1. *Las zonas, núcleos o urbanizaciones turísticas* y, en general, todo el suelo calificado de uso turístico de nueva creación, a excepción de los asentamientos rurales delimitados, *deberán contar con las siguientes infraestructuras y servicios mínimos en correcto estado de conservación y funcionamiento:*

(...)

- b) *Redes independientes de distribución de agua potable y de riego.* En todo caso, el abastecimiento de agua potable garantizará un volumen mínimo de 200 litros por plaza alojativa y día, en cada establecimiento, disponiendo, a su vez, de depósito de acumulación de 300 litros por plaza alojativa, capacidad que se elevará a 500 litros por plaza alojativa, si el abastecimiento proviene de medio diferente a la red general.
- c) *Red de saneamiento* que deberá garantizar el *vertido final de las aguas residuales a una estación depuradora.*

Estas obligaciones, en conexión con la insuficiencia de determinadas redes municipales, tendrá consecuencias posteriores en cuanto a depuración, regeneración y reutilización de agua residual, en particular su reutilización por los establecimientos turísticos en el riego de jardines y, en su caso, de campos de golf.

3.3. LO QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO DE 2002

En 2002, más de una década después de haber sido aprobada la Ley de Aguas, el Gobierno de Canarias aprobó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (Decreto 86/2002, de 2 de julio) para desarrollar las previsiones legales sobre la producción industrial del agua (art. 160 a 167), siendo lo más significativo lo siguiente:

Artículo 164.

- 1. Corresponderá a los Consejos Insulares de Aguas otorgar la *autorización para la construcción o explotación de plantas de producción industrial de aguas destinadas al autoabastecimiento*, entendiéndose por tales las promovidas por cualquier persona física o jurídica, siempre que vayan a ser aplicadas únicamente a la satisfacción de su propio consumo de agua.
- 2. *En los demás casos*, los sistemas de producción industrial exigirán *concesión*.

Artículo 165.

Toda persona física o jurídica, pública o privada, que pretenda instalar una planta de producción industrial de aguas *con destino a su autoabastecimiento*, solicitará su autorización que, *en ningún caso, podrá ser denegada por existir ya en la zona suficiente oferta pública o privada de agua*, salvo que la solicitud sea contraria a la planificación hidrológica.

Artículo 167.

- 1. *La concesión de una planta de producción industrial de agua tendrá la consideración de concesión de servicio público, y se tramitará y otorgará conforme a lo establecido en los artículos 75 y siguientes del presente Reglamento para las concesiones de aprovechamiento de aguas mediante concurso público.*



2. *La tarifa del agua será la que se establezca en el título concesional o, en su defecto, la que resulte de aplicar los precios máximos del agua y su transporte fijados por el Consejo Insular de Aguas para la zona de utilización de los caudales.*

El reglamento parece extender el servicio público sobre toda clase de actuaciones de producción industrial, diferenciando entre actividades de producción para terceros, que somete a la obtención de una concesión que se califica de «concesión de servicio público» (art. 164.2 y 167), y las actividades de producción para autoconsumo, que quedan sujetas a autorización administrativa (art. 164.1 y 165). La distinción recuerda al régimen general de los aprovechamientos hidráulicos, pero, al mismo tiempo, la regulación parece sustentarse en una declaración general de servicio público que, sin embargo, omite la previsión de su vinculación con los usos urbanos y turísticos en contra de lo que establece el artículo 89 de la Ley¹⁷. Esta norma autonómica parece haber desconocido la «liberalización» de la producción industrial declarada en 1999, articulada mediante desaladoras sujetas únicamente a autorización administrativa.

Vigente el reglamento autonómico sobre dominio público hidráulico, la Ley 11/2005, de 22 de junio, modificó el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, *demanializando* –según se dice en su exposición de motivos– tanto la desalación de agua de mar –mediante nueva letra e, artículo 2, Ley de Aguas– como también, en lo que aquí importa, la reutilización de aguas depuradas –sin previsión alguna en el texto normativo–. En relación con lo primero, el R.D. 606/2003, de 23 de mayo, derogó el R.D. 1327/1995, sobre instalaciones de desalación de agua marina o salobre; y sobre lo segundo se aprobó el R.D. 1620/2007, de 7 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas¹⁸. Este reglamento será repetidamente citado en los planes hidrológicos insulares en tanto que norma sanitaria y ambiental básica. En todo caso, la normativa canaria sobre aguas terrestres permanece sin modificaciones.

En consecuencia, de acuerdo con la legislación autonómica, la producción industrial de agua, con la regenerada susceptible de reutilización, es un servicio público, pero lo es en los términos dispuestos por esa misma norma, resultando complicado establecer su significado: ¿es una actividad reservada?, ¿lo es toda la actividad de producción o solo la vinculada con usos urbanos y turísticos?, ¿comporta una situación de exclusividad o monopolio público?, ¿cómo se explica la iniciativa privada en el caso de autoconsumo?, ¿se extiende a los supuestos de reutilización aun sin ser mencionados –«equivalentes»?–.

Con todo al margen de esos interrogantes, lo cierto es que desde la aprobación de la Ley de Aguas de 1990, la regeneración y la reutilización de aguas se siguieron potenciando, fundamentalmente, por los cabildos de Gran Canaria y de Tenerife a través de sus respectivos consejos insulares de Aguas. En el caso de Tenerife, desde

¹⁷ Esta regulación fue pronto criticada por JIMÉNEZ SHAW (2003, 212-219).

¹⁸ Ampliamente, SETUÁIN MENDÍA (2010).

1988, la tarea está encomendada a un organismo público (Balsas de Tenerife, *BAL-TEN*, primero organismo autónomo local, en la actualidad entidad pública empresarial) y, en Gran Canaria, también desde los años ochenta, esa labor fue desarrollada por el *Consortio Insular de Aprovechamiento de Aguas Depuradas de Gran Canaria* hasta su integración en el Consejo Insular de Aguas de esa isla.

3.4. LO QUE ESTABLECEN LOS PLANES HIDROLÓGICOS INSULARES

Los sucesivos planes hidrológicos insulares, que son el instrumento del que se hace depender la efectividad del servicio público de producción industrial del agua, manifiestan la misma imprecisión, más o menos intencionada, en cuanto a la activación de ese título de intervención, con la salvedad de los aprobados para Lanzarote y alguna referencia puntual en alguno de ellos.

Lo ejemplifica el contenido de los *planes hidrológicos insulares* de segundo ciclo (2015-2021) y de tercer ciclo (2021-2026), aprobados por el Gobierno de Canarias¹⁹:

– El Hierro (Decreto 86/2023, de 25 de mayo, ciclo 2021-2027):

Artículo 79. Aguas de producción industrial.

1. *A igualdad de costes de explotación*, incluyendo en los mismos la amortización de las inversiones y los gastos de mantenimiento de las instalaciones, el CIAEH dará *preferencia a las inversiones en desalación de aguas y reutilización* de aguas residuales depuradas, frente a otras que puedan suponer riesgo, incluso remoto, de sobreexplotación del acuífero.
2. El CIAEH *podrá imponer la utilización de agua de producción industrial* a los usos turístico, industrial o recreativo, *siempre que justifique que dicha solución sea necesaria* para el equilibrio hidrológico de la isla (...).

Artículo 87. Fomento para la reutilización de aguas depuradas.

1. El CIAEH *fomentará todas las actuaciones destinadas a incrementar la reutilización de las aguas residuales depuradas*, en especial las referidas a usos agrícolas, usos municipales en riegos de jardines, zonas verdes y limpieza viaria, y usos recreativos compatibles (...).

Artículo 112. Usos permitidos y orden de prelación para la reutilización de aguas depuradas y regeneradas.

1. La reutilización de aguas se ajustará a lo dispuesto en la normativa vigente para la reutilización de las aguas depuradas. En virtud de dicha norma legal y a las competencias propias del CIAEH, *este organismo otorgará las concesiones o autorizaciones para la reutilización* de aguas depuradas o regeneradas.

¹⁹ Se relacionan los planes hidrológicos vigentes en cada isla en el momento de cerrar este trabajo.



2. El CIAEH *podrá suspender*, temporal o definitivamente, *las actividades de reutilización de aguas residuales depuradas...*²⁰.

– Fuerteventura (Decreto 185/2019, de 26 de diciembre, ciclo 2015-2021):

Artículo 76. Depuración de aguas residuales y reutilización de aguas regeneradas.
(...)

3. *El agua residual urbana*, una vez depurada, *debe ser regenerada* de forma que permita su reutilización, incluyendo la recarga, minimizando los vertidos de agua depurada (tanto al mar como al suelo) y la presión consecuente sobre las masas de agua costera y subterránea.

(...)

7. *En las zonas de uso turístico/residencial*, se valorará *la posibilidad* de realizar la depuración centralizada y *de regenerar* con calidad *necesaria para reutilizar el máximo posible en las zonas verdes internas o cercanas*, de forma que se minimicen los vertidos al mar y se elimine la reutilización con calidades deficientes.

(...)

11. Además del *uso preferente actual en riego de zonas verdes*, *debe preverse* la conexión de los sistemas de *reutilización con redes de riego agrícola*.

(...)

14. El CIAFV *podrá exigir* a las urbanizaciones de nueva implantación, y condicionar la concesión de auxilios o subvenciones, a la construcción y puesta en uso de sistemas de regeneración y redes de riego con agua regenerada adecuada al uso.

Artículo 77. Fomento de la reutilización de aguas depuradas.

El CIAFV *fomentará todas las actuaciones destinadas a incrementar la reutilización de las aguas residuales depuradas*, en especial, las referidas a usos agrícolas, usos municipales en riegos de jardines y zonas verdes, y usos recreativos compatibles²¹.

²⁰ Este es el mismo planteamiento desde el Decreto 102/2002, de 26 de julio, que aprobó el primer Plan Hidrológico de El Hierro: «El Consejo Insular de Aguas *podrá imponer la utilización de agua de producción industrial* a los usos de esparcimiento, turístico o industrial...» (art. 6.5); «*La reutilización de aguas depuradas requiere autorización administrativa*» (art. 6.19); «El Consejo Insular *fomentará* todas las actuaciones destinadas a incrementar la utilización de las aguas residuales depuradas, en especial las referidas a usos agrícolas, riegos de jardines, zonas verdes, campos de golf e instalaciones deportivas» (art. 6.20); «El Consejo Insular *podrá exigir* un determinado *proceso de depuración que haga posible esta reutilización*» (art. 6.21); «El Consejo Insular *elaborará* en el plazo de dos años a partir de la aprobación de este Plan, una *Ordenanza específica sobre reutilización de aguas residuales depuradas...*» (art. 6.23).

²¹ Esta aproximación desde el Decreto 81/1999, de 6 de mayo, que aprobó el primer Plan Hidrológico de Fuerteventura: «La producción industrial de agua, declarada como servicio público en el artículo 89.4 de la Ley 12/1990, requiere autorización del CIAF» (art. 52); «*La depuración de aguas residuales...* requiere *autorización del CIAF*» (art. 52); «*Se tenderá a la gestión a nivel insular de la depuración de aguas residuales*» (art. 59); «... el CIAF *podrá exigir* a las urbanizaciones de nueva implantación, y condicionar la concesión de auxilios o subvenciones, a la *construcción y puesta en uso de redes de riego con agua depurada*» (art. 61); y, «*Tendrán preferencia* en la concesión de auxilios... aquellas instalaciones que utilicen aguas depuradas...» (art. 62).

- Gran Canaria (Decreto 370/2023, de 18 de septiembre, ciclo 2021-2027):

Artículo 144. Condiciones básicas para la reutilización directa y/o regeneración. *Las condiciones básicas para la reutilización* directa de las aguas públicas y de las aguas privadas, en función de los procesos de depuración, de su calidad y de los usos previstos, son *las establecidas en el Real Decreto 1620/2007*, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas.

Artículo 146. Destino de las aguas regeneradas.

1. *Las aguas procedentes de la depuración tendrán como primer destino la reutilización.* En virtud de lo anterior, se fija que *al menos el ochenta por ciento (80%) del agua depurada reutilizable*, a juicio del CIAGC, *debe ser destinada para su uso en la agricultura y/o riegos*, dedicándose *el veinte por ciento (20%) restante para uso urbano, en zonas calificadas de sistemas generales o locales, de equipamiento, parques y jardines o similares.*
2. *Las aguas regeneradas procedentes de las EDAR serán gestionadas por este Organismo, como segundo usuario*, salvo que el volumen de aprovechamiento de aguas reutilizadas de aguas depuradas no supere los mil quinientos (1500) m³ anuales o se destinen al autoconsumo de su titular, o por cuestiones técnicas no sea posible su reutilización y reincorporación al ciclo hidrológico²².

- Lanzarote (Decreto 186/2019, de 26 de diciembre, ciclo 2015-2021):

Artículo 68. Regularización y control de las instalaciones de desalación.

1. *La gestión a nivel insular de la desalación de agua para abastecimiento urbano, turístico y usos complementarios, industriales y agrícolas está reservada y corresponde exclusivamente al Consorcio del Agua de Lanzarote.*
2. *La autorización para la instalación de una planta desaladora por iniciativa privada se otorgará, de conformidad con el régimen establecido en la legislación vigente y con sujeción a los condicionantes derivados del estudio de distribución de costes del modelo de desalación insular contemplado en el programa de medidas (...).*

Artículo 74. Depuración de aguas residuales y reutilización de aguas regeneradas.

1. *La depuración de aguas residuales está reservada y corresponde exclusivamente al Consorcio de Aguas de Lanzarote.* No obstante, *serán los usuarios los obligados a depurar sus aguas residuales* cuando bien al Consorcio no le sea posible llevar a cabo la depuración por no llegar la red de saneamiento, bien cuando la normativa vigente obligue al usuario a depurar previamente sus aguas residuales antes del vertido a la red de alcantarillado o al medio natural.

²² Ese objetivo ya se recogía en el Decreto 82/1999, de 6 de mayo, que aprobó el primer Plan Hidrológico Insular de Gran Canaria: «*La depuración de aguas residuales y su reutilización deberán cumplir lo establecido en la presente Ordenanza y lo prevenido tanto en la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias...*» (art. 103); «*El Consejo Insular de Aguas... es competente para determinar las condiciones básicas para la reutilización* directa de las aguas públicas... se fija que *al menos el 80% del agua depurada reutilizable... debe ser ofertada para su uso en la agricultura y/o riegos, dedicándose el 20% restante para uso urbano*, en zonas calificadas de sistemas generales o locales, de equipamiento, parques y jardines o similares» (art. 107).



(...)

5. *Tendrán preferencia en la concesión de auxilios para obras de regadío aquellas instalaciones que utilicen aguas regeneradas.*

Artículo 75. Fomento de la reutilización de aguas depuradas.

*El CIAL fomentará todas las actuaciones destinadas a incrementar la reutilización de las aguas residuales depuradas, en especial, las referidas a usos agrícolas, usos municipales en riegos de jardines y zonas verdes, y usos recreativos compatibles*²³.

– La Gomera (Decreto 102/2023, de 15 de junio, ciclo 2021-2027):

Artículo 52. Depuración y reutilización de aguas residuales.

1. Según lo dispuesto en el artículo 89.4 de la LAC *la depuración de aguas residuales requiere autorización del CIALG.*
2. Toda *reutilización de aguas depuradas se ajustará a lo dispuesto en el Real Decreto 1620/2007...*
3. En los *nuevos establecimientos turísticos alojativos deberán en todo caso verterse las aguas residuales a una estación depuradora*, tanto perteneciente a la Red General de Saneamiento o, si no existiera en el entorno, se deberá incorporar una estación propia y autónoma de la urbanización turística. *El agua tratada en las estaciones depuradoras será la que deba utilizarse para el riego de las zonas ajardinadas de la urbanización siempre que cumpla con los requisitos de calidad para ser reutilizada.*
4. Según lo dispuesto en el artículo 270.3 del Plan Insular de Ordenación de La Gomera, [...] los campos de Golf deberán adecuarse a los recursos hídricos precisos para su implantación, por lo que se deberá justificar el volumen de agua en relación a *la superficie de riego del campo de golf que procederá necesariamente de la depuración de aguas residuales, desalinización de aguas del mar o cualquier otro proceso análogo*²⁴.

²³ Desde el Decreto 167/2001, de 30 de julio, que aprobó el primer Plan Hidrológico Insular de Lanzarote, la vocación de una gestión insular y pública es una constante: «*La producción industrial de agua, declarada como servicio público por el artículo 89 de la Ley 12/1990, de Aguas, requiere de autorización del Consejo Insular de Aguas*» (art. 42); «*La depuración de aguas residuales requiere autorización del Consejo Insular de Aguas*» (art. 49); «*Se tenderá a la gestión a nivel insular de la depuración de aguas residuales, por lo que el Consejo Insular de Aguas podrá condicionar la autorización de estas instalaciones, a la integración de las mismas en el Sistema General Insular de Depuración y a la puesta a disposición de las aguas para su reutilización en la agricultura...*» (art. 50); «*...el Consejo Insular de Aguas, podrá exigir a las urbanizaciones de nueva implantación, y condicionar la concesión de auxilios, a la construcción y puesta en uso de redes diferenciadas de riego con agua depurada*» (art. 52). Con mayor claridad en el Decreto 362/2015, de 16 de noviembre, Plan Hidrológico Insular de Lanzarote (primer ciclo 2009-2015): «*La depuración de aguas residuales está reservada y corresponde exclusivamente al Consorcio de Aguas de Lanzarote*» (art. 34.4).

²⁴ Desde el Decreto 101/2002, de 26 de julio, que aprobó el primer Plan Hidrológico de La Gomera: «*El Plan no considera prioritarias de momento las actuaciones en materia de reutilización de aguas residuales depuradas... En cualquier caso, si el seguimiento del Plan así lo aconseja, el Consejo Insular puede impulsar la reutilización de aguas residuales mediante Normas Complementarias...*» (art. 4.1).

- La Palma (Decreto 169/2018, de 26 de noviembre, ciclo 2015-2021):

Artículo 162. Reutilización de aguas residuales.

De acuerdo con lo dispuesto en la LAC, la *reutilización de aguas residuales* procedentes de un aprovechamiento requiere concesión administrativa salvo que lo solicite el titular del vertido en cuyo caso solamente requerirá autorización administrativa. Toda reutilización de aguas depuradas *se ajustará a lo dispuesto en el Real Decreto 1620/2007...*²⁵.

- Tenerife (Decreto 372/2023, de 18 de septiembre, ciclo 2021-2027):

Artículo 243. Autorización o concesión administrativa previa a la reutilización del agua regenerada.

1. *La depuración de aguas residuales requiere de título administrativo habilitante* otorgado por el CIATF..
 - Requerirá *concesión administrativa la reutilización de aguas procedentes de un aprovechamiento*.
 - Requerirá *autorización administrativa la reutilización de aguas solicitada por el titular de una autorización de vertido* de aguas depuradas.
3. En relación al régimen jurídico aplicable establecido en el art. 3.1 RD 1620/2007, se atenderá en primer lugar a la regulación contenida en la Ley de Aguas de Canarias conforme a su Disposición Adicional Tercera.

Artículo 245. *Usos admitidos para las aguas regeneradas.*

1. A tenor de lo dispuesto en el Anexo I.A del Real Decreto 1620/2007, *sólo podrán utilizarse las aguas regeneradas, siempre y cuando se cumplan las calidades exigibles* respecto a cada uno de ellos, para los siguientes usos:
 - I. Usos urbanos: residencial (riego de jardines privados y descarga de apartado sanitarios) y servicios (riego de zonas verdes urbanas, baldeo de calles, sistemas contra incendios y lavado industrial de vehículos).
 - II. Usos agrícolas: riego de cultivos, riego de pastos para consumo de animales y acuicultura.
 - III. Usos industriales.
 - IV. Usos recreativos: como el riego de campos de golf.
 - V. Usos ambientales: como la recarga de acuífero, el riego de bosques y silvicultura.
2. *Con carácter excepcional* y debidamente motivado, el Consejo Insular de Aguas *podrá autorizar el empleo del agua residual depurada regenerada para otros usos*

²⁵ Nada decía el Decreto 166/2001, de 30 de julio, que aprobó el primer Plan Hidrológico de La Palma. El texto actual desde el Decreto 112/2015, de 22 de mayo, que aprobó, como normas sustantivas transitorias, el Plan Hidrológico de La Palma (primer ciclo: 2009-2015), hace la siguiente precisión: «De acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Aguas, *la reutilización* de aguas residuales procedentes de un aprovechamiento *requiere concesión administrativa* salvo que lo *solicite el titular del vertido en cuyo caso solamente requerirá autorización* administrativa. Toda reutilización de aguas depuradas se ajustará a lo dispuesto en el Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas o normativa vigente de aplicación» (art. 40).



- no señalados en el apartado precedente, en cuyo caso exigirá las condiciones de calidad que se adapten al uso más semejante de los previstos normativamente.
3. *Se prohíbe la reutilización* de aguas para los usos señalados en el art. 4.4 del Real Decreto 1620/2007:
 - a) Consumo humano, salvo declaración de catástrofe.
 - b) Usos propios de la industria alimentaria.
 - c) Instalaciones hospitalarias y otros usos similares.
 - d) Cultivo de moluscos filtradores en acuicultura.
 - e) Uso recreativo como aguas de baño.
 - f) Uso en torres de refrigeración y condensadores evaporativos.
 - g) Uso en fuentes y láminas ornamentales en espacios públicos o interiores de edificios públicos.
 - h) Cualquier otro uso que la autoridad sanitaria o ambiental considere un riesgo para la salud de las personas o un perjuicio para el medio ambiente²⁶.

Artículo 256. *Disposiciones específicas derivadas de la dimensión estratégica de la reutilización de las aguas residuales.*

1. El PHT *establece la reutilización de las aguas como prioridad*, en atención al estrés estructural del marco hídrico de la Demarcación Hidrográfica que afecta de forma determinante a la asignación de los recursos hídricos disponibles en la isla.

A tenor de los preceptos transcritos resulta claro que el planeamiento hidrológico de cada isla responde y da cuenta de la realidad hidráulica de cada una de ellas, de sus problemas y de los objetivos que se plantean. La aproximación de una isla con recursos subterráneos como La Palma contrasta con la preocupación de las islas orientales de Fuerteventura y Lanzarote. Ahora bien, en el aspecto que centra este análisis, con carácter general, las determinaciones de esos instrumentos responden a la aproximación general de la Ley de Aguas de 1990, sin mencionar las previsiones del Reglamento de Dominio Público de 2002, vinculando el régimen de control público previo con el R.D. 1620/2007. Se repite la posibilidad de imponer a determinados usuarios/consumidores la obligación de producir y utilizar agua de producción industrial, sin llegar a activarla, y se hacen reiteradas llamadas al fomento e impulso de esta forma de producir agua.

A modo de balance de conjunto, con la excepción de Lanzarote, los planes hidrológicos se enfrentan a la reutilización del agua no como una actividad publicada, sino como una actividad, objeto de control público, que debe ser objeto de

²⁶ Desde el Decreto 319/1996, de 23 de diciembre, que aprobó el primer Plan Hidrológico de Tenerife: «6.2.1. *El Consejo Insular de Aguas fomentará* todas las actividades destinadas a incrementar la *reutilización de aguas residuales depuradas*. 6.2.2. La depuración de aguas residuales y la reutilización de las mismas requieren autorización administrativa otorgada por el Consejo Insular. 6.2.3. El Consejo Insular de Aguas *podrá exigir* de los sistemas de abastecimiento municipal y turístico el uso de aguas de calidad suficiente como para que puedan ser objeto de reutilización una vez depuradas. En caso de que esta exigencia implique un aumento de los costes del abastecimiento, establecerá las medidas necesarias para que sean los usuarios del agua reutilizada los que sufragan este aumento mediante transferencia de fondos a través del propio Consejo» (art. 6.2).

fomento, promoción e impulso, si bien tienen competencia para actuar, no se trata de mera iniciativa económica. Siendo así, ¿el servicio público de producción industrial dónde queda?

4. EL ALCANCE DEL SERVICIO PÚBLICO DE PRODUCCIÓN INDUSTRIAL EN LAS ISLAS

4.1. LA CUESTIÓN DEL MONOPOLIO INSULAR SOBRE LA PRODUCCIÓN INDUSTRIAL

Como queda apuntado, en Lanzarote, desde la primera versión de su planeamiento hidrológico se viene manifestando un conflicto entre la voluntad del planificador de reservar y monopolizar la producción industrial al organismo gestor de los servicios de agua en la isla (el Consorcio del Agua de Lanzarote) y el rechazo a esa pretensión por los titulares privados de esa clase de instalaciones, básicamente, desaladoras.

Ejemplifica esa controversia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala de lo contencioso-administrativo de Las Palmas) núm. 151/2018, de 23 de mayo (JUR 269464). El recurso contencioso-administrativo se dirigió contra determinados preceptos del Decreto 362/2015, que aprobó el plan hidrológico insular de primer ciclo (2009-2015), en concreto los siguientes:

Artículo 33. Desalación de aguas marinas y no marinas.

2. *La gestión a nivel insular de la desalación de agua para abastecimiento urbano, turístico y usos complementarios, industrial y agrícola, está reservada y corresponde exclusivamente al Consorcio de Aguas de Lanzarote* por lo que no se autorizará ni se concederá la instalación de nuevas plantas desaladoras por la iniciativa privada, salvo lo aquí dispuesto en la disposición transitoria primera. Solo excepcionalmente cuando el Consorcio no pueda suministrar agua se podrá autorizar para autoconsumo la instalación temporal de desaladoras, cuyo destino sea alguno de los usos antes citados.

Disposición transitoria primera. Plantas desaladoras para autoconsumo.

Los titulares de plantas desaladoras con autorización para autoconsumo mantendrán su vigencia hasta el plazo recogido en la misma o bien, hasta el momento en el que se fije, previo acuerdo entre las partes, sin que pueda superarse en ningún momento el plazo inicial de autorización.

Estos preceptos establecían la reserva, en régimen de exclusividad, de la producción industrial por desalación de agua marina en favor de la Administración insular y, en coherencia con ello, prevenían la extinción de los derechos privados existentes —autorizaciones de autoconsumo—.

Pues bien, tras recordar que la Ley de Aguas de Canarias parte de la compatibilidad de la gestión pública y privada del agua, sin perjuicio del control público sobre la iniciativa privada, y destacar la declaración legal que se opone al monopolio en la producción del agua y/o a la exclusión de plantas públicas, el Tribunal concluye lo siguiente:



... el establecimiento de un *monopolio de desalación en la Isla de Lanzarote a favor del Consorcio de Aguas de Lanzarote*, no solo supone una flagrante *violación de la reserva de Ley que consagra el art. 128 CE*, sino que *viola frontalmente la propia Ley de aguas de Canarias*, infracción del principio de jerarquía normativa e incluso supone una derogación singular del Decreto 86/2002, de 2 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

Hasta tal punto son graves tales vulneraciones constitucionales que se realiza además *en contradicción del principio de igualdad* por cuanto *el Decreto 45/15* de 9 de abril, dictado aparentemente con idéntica finalidad para la Isla de Fuerteventura, *reconoce expresamente la preservación del sistema de desalación de aguas por los particulares que en este caso se prohíbe*.

De este modo, el Tribunal rechaza que la Ley de Aguas ampare o dé cobertura a un monopolio público en la producción industrial, cuando menos en materia de desalación. Se trata de un entendimiento a tener en cuenta en la valoración de la declaración legal como servicio público que contiene aquella norma.

4.2. NI TITULARIDAD NI EXCLUSIVIDAD INSULAR: COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

De cuanto queda expuesto, si algo es manifiesto es que lo que sea el «servicio público de producción industrial de agua» y, en particular, el «servicio público de reutilización» en la Ley de Aguas de Canarias, resulta algo impreciso en tanto se trata de una formulación cuya efectividad queda diferida al momento en que concurren determinadas circunstancias de insuficiencia y de necesidad de garantizar determinados suministros, que permitan imponer la obligación de hacer uso de esta clase de agua a determinados usuarios.

Lo mismo ocurre con el servicio público de transporte, igualmente declarado servicio público (art. 5.2, transcrito más atrás), si bien, en este caso la situación de transitoriedad es reconocida expresamente por el legislador (DT 7.^ª):

1. *Las conducciones e instalaciones de transporte del agua existentes a la entrada en vigor de esta Ley podrán seguir siendo utilizadas por sus propietarios en las mismas condiciones que hasta ahora*, en tanto no sean incluidas en una red de transporte por el Plan Hidrológico Insular.
2. *Asimismo, se mantendrá la libre determinación de los precios del transporte del agua*, en tanto no se establezca el régimen de precios autorizados previsto en el artículo 113 de esta Ley.

Mientras tanto, esa declaración legal de servicio público es tan solo un instrumento de intervención pública latente que, dos décadas más tarde, sigue sin ser activado, en parte por innecesario, en parte por la dificultad de imponer el uso forzoso de esa clase de agua.

Con todo, desde la perspectiva de las entidades locales, el título de intervención puede ser el servicio público siempre y cuando se utilice con el significado amplio empleado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este fue el caso de la

construcción por el Cabildo insular de Tenerife de balsas para acumular agua para riego. Esta actuación fue impugnada por el Ayuntamiento de Los Silos cuestionando el modo de gestión de una de las balsas situada en su término municipal. Pues bien, en relación con esta controversia, el Tribunal explicó lo siguiente:

El concepto de servicio público, calificado frecuentemente como polisémico, no es ciertamente una categoría dogmática unívoca. En Sentencia de 24 octubre 1989 (RJ 8390), este Tribunal advierte que ningún Texto Legal da un concepto de servicio público y atiende a una noción estricta de servicio público considerándolo «como actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua». En este sentido, la actividad que se contempla, de explotación de «Balsas» para el abastecimiento de agua para el riego, no puede considerarse, desde luego, como un servicio público de titularidad del Cabildo. Ahora bien, la referida noción, a pesar del supuesto en el que se pronuncia la sentencia citada, es más bien predicable del servicio público en la esfera estatal, en la que aparece íntimamente vinculada a la idea de titularidad, junto a la referida exigencia de Ley formal. El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la Ley y que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado artículo 85 LRBRL, que considera servicios públicos a «cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales». Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o «publicatio», la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local. De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes Locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del artículo 85 LRBRL aunque no puedan considerarse de titularidad local (STS 3.ª, de 23 de mayo de 1997, F.D. 6.º, RJ 4065).

A la luz de esta diferenciación, el servicio público de reutilización del agua se corresponde con ese concepto amplio que lo identifica con la competencia para actuar, pero sin que se reconozca la titularidad ni la exclusividad de la Administración, siendo compatible con la iniciativa privada y, por tanto, con el mercado de compra-venta de agua. En esta misma línea, confirmando que no se trata de una actividad «publicada», la contraprestación económica por el suministro de aguas regenerada tiene la naturaleza jurídica de precio público, por tanto, se asume la exis-



tencia de oferta y competencia privada²⁷. Este es el concepto de servicio público que resulta de la Ley de Aguas de Canarias de 1990.

En cuanto a su efectiva implantación, básicamente mediante obras públicas, es importante tener en cuenta que, a fin de poder competir con las aguas blancas, el régimen económico y fiscal de Canarias prevé el otorgamiento de una compensación económica que persigue la moderación del precio del agua desalinizada, regenerada o reutilizada, a partir de 2017, «hasta alcanzar un nivel equivalente al del resto del territorio nacional»²⁸. De otro modo, el precio de este recurso, fundamentalmente por el coste de la energía, sería superior al del agua subterránea, incluso de la superficial. Esta compensación y consiguiente reducción del precio constituye un factor clave en la aceptación y uso del agua depurada regenerada por los consumidores, en especial en el riego agrícola. También, es justo destacarlo, el constante esfuerzo de los organismos gestores por asegurar la calidad de esta clase de agua.

5. REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA REGULACIÓN DE LA REUTILIZACIÓN DEL AGUA EN CANARIAS

Con carácter general, un servicio público hace referencia a una actividad técnica y material que viene a atender una necesidad pública o colectiva de la que es responsable la Administración, a la que, si lo precisan, pueden acceder los ciudadanos en condición de usuarios. Esta es la explicación de los denominados servicios públicos no obligatorios.

Pero lo cierto es que también existen *servicios públicos de recepción obligatoria*, sin que dejen de serlo porque normalmente se encuentren en un segundo plano. De ellos da cuenta, siquiera con carácter didáctico, el artículo 34 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955) cuando prevé lo siguiente:

La recepción y uso de los servicios por parte de los administrados *podrán declararse obligatorios* por disposición reglamentaria o acuerdo, *cuando fuere necesario para garantizar la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadanas*.

Se trata de una previsión que tiene reflejo en las tasas por servicios locales de recepción obligatoria en la legislación de haciendas locales (art. 20 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por R.D.-Leg. 2/2004, de 5 de marzo).

²⁷ Ordenanza Reguladora de los Precios Públicos por los Servicios que presta la EPEL BAL-TEN, BOPS/C de Tenerife, 33, 18/03/2002; igualmente, Ordenanza Reguladora de los Precios Públicos por agua de presas y depurada del Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria, BOP Las Palmas, 37, 26/03/2004.

²⁸ De acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, tras la reforma por Ley 8/2018, art. 14.bis de la misma Ley.



En la actualidad, esa declaración debe hacerse por norma con rango de ley, de igual modo que las causas que la justifiquen pueden ser otras, entre ellas razones ambientales. Pero lo relevante es la existencia de esa clase de servicios públicos, de los que es buen ejemplo el servicio de evacuación de aguas residuales. La clave es la imposición a los usuarios de la obligación de utilizarlos o, cuando menos, de estar conectados y en disposición de usarlos.

A esos efectos, que el bien recibido sea dominio público, propiedad pública o propiedad privada resulta indiferente, esa cualidad dependerá de su condición original: aguas públicas o privadas²⁹; ni siquiera sería relevante la existencia de un monopolio público sobre la producción de agua regenerada si, en última instancia, el usuario/consumidor puede elegir proveedor de agua con distinto origen. Lo decisivo, si se quiere imponer el servicio público, es el deber legal de recibirlo y utilizarlo –también, en su caso, como refuerzo, la obligación de construir instalaciones de depuración y regeneración, por tanto, las infraestructuras sobre las que descansa el servicio–. Es por ello que, sin monopolio en la producción, por mayoritaria que sea la acción pública, pero, sobre todo, sin obligación de los usuarios de utilizar y/o comprar el agua regenerada –que es un bien/producto–, la intervención pública no puede considerarse servicio público, en realidad los títulos de intervención son la obra pública y el fomento. Ni siquiera, en el caso de que esa agua tuviera la condición de bien de dominio público, aquella calificación tendría sustento jurídico suficiente.

En fin, mientras los usuarios/consumidores tengan libertad o, cuando menos, capacidad de elección entre varios proveedores, para comprar el agua que necesitan en el mercado de aguas, la actuación pública en materia de reutilización podrá considerarse servicio público en razón de la competencia reconocida a las administraciones, pero no en sentido estricto, esto es, de titularidad y exclusividad pública sustentada en el deber de los usuarios de utilizar esa clase de agua. Esta es la conclusión que resulta de la regulación y de la realidad del servicio público de producción industrial del agua en Canarias.

²⁹ En este sentido, EMBID IRUJO (2000).



SITUACIÓN ACTUAL DEL APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Jagdish Kumar Chulani Raymond*

Profesor asociado de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles es un derecho de reciente creación que se caracteriza por la concurrencia de elementos personales, reales y formales. Además de por el cumplimiento de determinados requisitos previos a la constitución del régimen. Por ello, podemos decir que se trata de un derecho con un régimen jurídico propio en cuanto a su constitución, modificación, contenido, duración o extinción, en el que el derecho de desistimiento y la prohibición del pago de anticipos ofrecen al consumidor una especial protección.

PALABRAS CLAVE: aprovechamiento por turno, contenido mínimo del contrato, desistimiento, prohibición de pago de anticipos.

CURRENT SITUATION OF THE USE OF TIMESHARING OF REAL ESTATE IN SPAIN. SPECIAL REFERENCE TO THE RECENT JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT

ABSTRACT

Real estate timesharing is a recently created right that is characterized by the concurrence of personal, real and formal elements. In addition to the fulfilment of certain prerequisites, we can add that it is a right with its own legal regime in terms of constitution, modification, content, duration or termination. Moreover, the right of withdrawal and the prohibition of payment of advances offer consumers special protection.

KEYWORDS: timeshare, minimum contract content, withdrawal, prohibition of payment of advances.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2023.40.02>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 40; julio 2023, pp. 33-57; ISSN: e-2530-8319



1. PLANTEAMIENTO

A lo largo de estas páginas pretendemos realizar un análisis omnicomprensivo, de carácter descriptivo, de la situación jurídica actual en nuestro país del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, del que mucho se ha escrito en la literatura especializada, y que vuelve a estar de actualidad con las últimas sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo. Para ello, hemos realizado una recopilación de las distintas fuentes normativas y jurisprudenciales relacionadas con este fenómeno.

Con el ánimo de poder realizar un estudio coherente, las fuentes utilizadas se irán citando por orden cronológico, con el objetivo de poder apreciar cuál ha sido la evolución jurídica.

Esperamos que el lector pueda reflexionar a través de este artículo sobre uno de los derechos más polémicos de nuestro sistema de creación de derechos reales. Que ha requerido para su proliferación, no solo del desarrollo económico y social del fenómeno turístico, sino de políticas empresariales expansionistas conjugadas con campañas comerciales agresivas, e, incluso, en ocasiones, engañosas¹; y que ha generado posicionamientos beligerantes en la doctrina científica en relación con el interés que mueve al consumidor a adquirir un derecho de tiempo compartido².

* Profesor asociado del Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas de la Universidad de La Laguna, e-mail: jchulani@ull.edu.es.

¹ En el II Congreso Internacional de Multipropiedad de 1994 se evidenciaron los principales problemas que planteaba la multipropiedad, tales como «-Técnicas agresivas de venta. -Publicidad engañosa. -Falta de claridad en los contratos. -Desconocimiento del precio final del producto. -Sumisión a un fuero que ni es del lugar de la firma del contrato, ni del complejo, ni siquiera del consumidor. -Inseguridad sobre el funcionamiento futuro del complejo y los costes que se derivan de su gestión. -Falta de transparencia en el sector. -Insolvencia, oportunismo y ausencia de profesionalidad de algunos agentes que operan en él». Vid. HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: «La multipropiedad en la práctica notarial. Estudio de Derecho vigente, de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria», *Actualidad Civil*, n.º 21/22, 1995, p. 402.

² Vid. CAPOTE PÉREZ, L.J.: *El tiempo compartido en España. Un análisis de la fórmula club-trustee desde la perspectiva del Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 28.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ELEMENTOS DEFINITORIOS

El tiempo compartido o *timesharing*³, o la mal llamada multipropiedad⁴ pese

³ Llega a España a finales de los años setenta, de la mano de algunos promotores británicos. Sin embargo, fue durante la década de los ochenta cuando alcanzó un gran auge, fruto del aumento del turismo europeo en España, sobre todo en los archipiélagos balear y canario, además de en la costa mediterránea. Vid. ORTEGA MARTÍNEZ, E.: *La multipropiedad vacacional. El impacto en el sector turístico inmobiliario español*, ESIC, Madrid, 1991, p. 85.

⁴ Denominación que pervive en el imaginario colectivo pese a ser impropia y estar proscribida por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias [(RCL 1998\2916), en adelante, Ley 42/1998, de 15 de diciembre] modificada por: la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social [(RCL 2000\3029), ley de acompañamiento del año 2000]; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social [(RCL 2001\3248), ley de acompañamiento del año 2001]; y la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (RCL 2002\2482). La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio [(RCL 2012\364), en adelante, RD-Ley 8/2012 (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2012)], que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio [(LCEur 2009\147), en adelante, Directiva 2008/122/CE] y que derogó la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido [(LCEur 1994\3610), en adelante, Directiva 94/47/CE], lo que lleva a que los preceptos de dicho RD-Ley 8/2012 que recogen el articulado de la primitiva Ley, se hayan visto en gran medida modificados, siendo el resultado «técnicamente [...] deplorable». Vid. Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil Derechos Reales en particular*, vol. III, tomo 2, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 70. Esta norma con rango de ley fue convalidada por unanimidad por el Congreso de los Diputados, el 29 de marzo de 2012 (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2012), que acordó su tramitación como ley ordinaria, dando lugar a 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 [(RCL 2012\946), en adelante, Ley 4/2012, de 6 de julio. Ley que recoge los siguientes cuatro supuestos contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, y que comprende los contratos relativos al alojamiento de embarcaciones y caravanas; el contrato de producto vacacional de larga duración; el contrato de reventa; y el contrato de intercambio]. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, existía en nuestro país un vacío legal sobre esta materia, pese a los distintos intentos regulatorios de la misma, lo cual se pone de manifiesto en los borradores que se habían elaborado, de los que son buena prueba de ello: el Borrador para un Anteproyecto de Ley de Multipropiedad, de febrero de 1988; el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, tanto el de octubre de 1989 como el de diciembre de 1991, del Ministerio de Justicia; el Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo; o el Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Aprovechamientos por turno de bienes inmuebles, del Ministerio de Justicia e Interior, de 8 de noviembre de 1994 [se le consideró globalmente positivo en el II



a la «fascinación, casi mágica por la idea [...] de propiedad que envuelve al fenómeno...»⁵, o incluso *club-trustee*, hoy denominado derecho de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles de uso turístico⁶, es un derecho real limitado de goce, de creación *ex novo*, que «consiste en el disfrute exclusivo de un alojamiento, dotado con el mobiliario adecuado, que lleva inherente el disfrute de unos servicios complementarios, en un periodo de tiempo anual durante un tiempo limitado»⁷. Esta denominación encuentra su amparo legal en el artículo 1.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que establecía:

... el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, [...] atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios⁸.

Congreso Internacional sobre Multipropiedad de 1994, aunque se le criticó también por ser excesivamente complejo y denotar falta de madurez (Vid. HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: *op. cit.*, p. 405), y ello, a pesar de que preveía, al igual que el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, la posibilidad de organizar este derecho en cualquiera de las siguientes formas: multipropiedad, comunidad de aprovechamiento por turno con carácter real y derecho personal. Vid. CASANA MERINO, F. y MORIÉS JIMÉNEZ, M.T.: *Aspectos Tributarios de la Multipropiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 11)]. No obstante, hay que destacar que en ciertas Comunidades Autónomas se habían aprobado algunas normas de carácter autonómico y de rango reglamentario como es el caso de Canarias, con la Orden de la Consejería de Turismo y Transportes, de 25 de agosto de 1988 (LCAN 1988\125); o Baleares, con la Orden número 1843, de la Consejería de Turismo, de 15 de enero de 1990 (LIB 1990\23), cuyo objetivo principal era «establecer reglamentaciones de carácter administrativo para solventar algunos de los muchos problemas que la institución planteaba». Vid. LASARTE, C.: *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, 11.ª edición, Dykinson, Madrid, 2019, p. 255. De lo expuesto, observamos que la regulación de este derecho ha tenido un *iter* legislativo extenso.

⁵ Vid. CAPOTE PÉREZ, L.J.: *op. cit.*, p. 29, en una interpretación de DOWNES PEIRÚ, N.: *Los contratos internacionales de timesharing: un enfoque internacional privatista de la comercialización transfronteriza de la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*, Colección Estudios Internacionales, vol. 28, Eurolex, Madrid, 1998, p. 32.

⁶ También conocido como tiempo compartido, comunidad especial por turnos, *time ownership*, *multi ownership*, *holiday ownership*, *vacation ownership* o *interval ownership*. Vid. ORTEGA MARTÍNEZ, E.: *op. cit.*, p. 9. Esta figura «es de aparición relativamente reciente [...] su origen se sitúa en una promoción de carácter inmobiliario ideada por Louis Poumier, de la empresa Grands Travaux, de Marsella [...] que en la estación alpina francesa de Super-Dévoluy vendía apartamentos» bajo el siguiente slogan: «No alquile la habitación, compre el hotel, le sale más barato» (*Ne louez plus la chambre, achetez l'hôtel. C'est moins onereux*). Como dicha fórmula tuvo éxito, Louis Poumier «inscribió la denominación *multipropriété* en el Instituto de la Propiedad Industrial francés en 1967». Vid. MUNAR BERNAT, P.A.: *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Bilbao, 1991, p. 19.

⁷ Vid. CORDERO CUTILLAS, I.: *El Derecho de Aprovechamiento por Turno en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 19.

⁸ Al igual que se establece el artículo 23 de la actual Ley 4/2012, de 6 de julio.



De dicha definición, y a la luz de la posterior Ley 4/2012, de 6 de julio⁹, podemos realizar brevemente las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el aprovechamiento por turno lleva asociado el derecho a la prestación de servicios complementarios, tales como la limpieza del bien inmueble, o el cuidado y mantenimiento de los elementos comunes del edificio o urbanización en donde se integre dicho bien inmueble¹⁰.

En segundo lugar, es responsabilidad del promotor equipar cada apartamento con el mobiliario¹¹ adecuado para su disfrute.

Y, en tercer lugar, este derecho real es un derecho por «turno», es decir, por un periodo específico cada año, que tendrá una duración mínima de siete días consecutivos¹², que se reiterarán anualmente hasta el límite de 50 años¹³, pudiendo tener los turnos la misma o distinta duración.

El surgimiento de este derecho real «está conectado a la necesidad de dar cobertura jurídica a un sistema de utilización temporal [...] de alojamientos vacacionales»¹⁴, que surge como consecuencia de la realización de contratos transnacionales, sobre bienes inmuebles, en régimen de tiempo compartido¹⁵. Ahora bien, cabe

⁹ En cuyo artículo 2 se establece que: «se entiende por contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación».

¹⁰ De la prestación de los servicios complementarios se encargará la empresa de servicios o, incluso, el propio promotor. Ver arts. 23.1, 25.3 y 34 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

¹¹ Que estará debidamente detallado en el inventario anexo.

¹² Ver art. 23.3 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

¹³ Ver art. 24.1 de La Ley 4/2012, de 6 de julio. No obstante, hay que tener en cuenta que después de la entrada en vigor de la Ley 4/2012, de 6 de julio, que deroga el RD-Ley 8/2012, que a su vez derogó la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, la norma de derecho transitorio aplicable al tiempo compartido preexistente a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, es la contenida en el apartado 3 de la disposición transitoria única de la Ley 4/2012, de 6 de julio, cuyo tenor literal es el siguiente: «Todos los regímenes preexistentes tendrán una duración máxima de 50 años, que en el caso de los celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, se computará desde esta fecha, salvo que sean de duración inferior o que hubieran hecho en la escritura de adaptación, declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o por plazo cierto». Vid. FD. 3.º, apartado 5, de la Sentencia del TS número 1048/2023, de 28 de junio (JUR\2023\280533). Para mayor ahondamiento *vid.* FD. 7.º de la Sentencia del TS número 774/2014, de 15 de enero (RJ\2015\443).

¹⁴ Vid. MORENO QUESADA, B., en AA. VV. (SÁNCHEZ CALERO, F., coord.): *Curso de Derecho Civil III, Derecho Reales y Registral Inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 323.

¹⁵ Este derecho es un claro ejemplo de que nuestro sistema de creación de derechos reales responde al modelo de *numerus apertus*, y no al de *numerus clausus* [*vid.* art. 1255 del Código Civil (LEG 1889\27), en adelante, CC. Además de los arts. 2.2 de la Ley Hipotecaria de 1946 (RCL 1946\886) y 7 del Reglamento Hipotecario de 1947 (RCL 1947\476)]. Otros ejemplos de proliferación de derechos reales serían el tanteo convencional, o incluso las modalidades atípicas de servidumbres, tales como el andamiaje o la colocación de carteles en terraza ajena. No entraremos en la discusión doctrinal de si estamos ante un derecho real típico o atípico por cuestiones de espacio. Sin embargo, si diremos que antes de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado [(en adelante, DGRN). El Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, cambió la denomina-



preguntarnos qué es lo que lleva a un consumidor a adquirir un derecho en régimen de tiempo compartido. La respuesta no es fácil ni mucho menos baladí, ya que de la respuesta que le demos a esta pregunta dependerá la naturaleza jurídica del citado derecho. De tal suerte que, si el anhelo del consumidor está presidido por la idea de ser propietario, el tiempo compartido se configurará como un derecho de propiedad o, tal vez, como un derecho real limitado. En cambio, si el consumidor lo que quiere es obtener un lugar en donde pasar sus vacaciones, la configuración del tiempo compartido admitirá tanto formulas reales como personales¹⁶. En cualquier caso, no cabe ningún género de dudas que en este derecho «el tiempo resalta sobre otras circunstancias [...] y parece constituir su objeto propio [...] que lo identifica y distingue»¹⁷. Por ello, este derecho se constituye de forma diferenciada al hecho de que «sobre un bien inmueble apropiado en común, pueda asignarse sucesivamente, a cada uno de los condueños, la exclusiva utilización temporal del mismo –ya se trate de una finca unitaria o [...] de un elemento privativo–, por ser susceptible de aprovechamiento independiente, dentro de un edificio en propiedad horizontal o de un conjunto inmobiliario...»¹⁸.

El artículo 23 en sus apartados 1 y 6, de la Ley 4/2012, de 6 de julio, permite que el derecho de aprovechamiento por turno pueda constituirse por la vía tradicional, como un derecho real limitado, o con carácter obligacional¹⁹. Cualquier otra

ción de la DGRN por Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2020)], de 4 de marzo 1993, consideró que el aprovechamiento por turno era un derecho real atípico, que debía ser inscrito en el Registro de la Propiedad, al regir en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de creación de derecho reales de *numerus apertus*. Sin embargo, tras la Ley 4/2012, de 6 de julio, no puede ya calificarse como un derecho real atípico. Vid. PAU PEDRÓN, A.: «El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno: su configuración y protección en el Anteproyecto de Ley», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1997, p. 2093; y vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Los derechos reales de goce en cosa ajena*, 1.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 797.

¹⁶ Vid. CAPOTE PÉREZ, L.J.: *op.cit.*, p. 28.

¹⁷ Vid. PAU PEDRÓN, A.: «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, núm. 584, 1988, p. 10.

¹⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil III Derechos Reales*, vol. segundo, 3.ª edición, Dykinson, Madrid, 2009, p. 85.

¹⁹ Esto ha sido un avance respecto a la situación regulada por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que prohibía la constitución de este derecho mediante una modalidad diferente a la real, situación que suponía un verdadero problema con los denominados contratos de clubs vacacionales, que, pese a tener carácter personal, eran considerados por la jurisprudencia como contratos de naturaleza real. Sin embargo, en la Ley 4/2012, de 6 de julio, la configuración obligacional puede realizarse a través de la vía del artículo 23.6 y de la del artículo 23.8. La primera permite dos modalidades de aprovechamiento por turnos de naturaleza contractual. Por un lado, estaría la fórmula de «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de una de ellas, se anticipen o no las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas»; y, por otro lado, la nueva ley admite abiertamente la fórmula de «cualesquiera otras modalidades contractuales de duración superior a un año, que sin configurar un derecho real tengan por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación...». En ambos casos, quedarán sujetos a lo dispuesto en el Título II de la Ley 4/2012, de 6 de julio, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urba-



fórmula distinta a las dos citadas será declarada nula de pleno derecho, conforme con lo establecido en el artículo 23.7 del mismo texto legal²⁰.

Dentro de la configuración jurídica del derecho tenemos que distinguir los tres tipos de elementos a los que se refiere Moreno Quesada²¹:

Personales: son las personas que intervienen o pueden intervenir en los actos jurídicos de creación o transmisión, y en el funcionamiento del derecho. Se concretan en el constituyente, el beneficiario o titular del derecho, y la empresa de servicios²².

Reales: son el alojamiento²³, el turno²⁴ y la retribución²⁵.

nos [RCL 1994\3272], y en la legislación general de protección del consumidor. *Vid.* art. 23.6 de la Ley 4/2012, de 6 de julio. La segunda vía, tal y como indicábamos, es la establecida en el art. 23.8, conforme al cual «lo dispuesto en el presente título no es obstáculo para la validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, constituidas al amparo y en los términos contenidos en las normas de la Unión Europea –(en adelante, UE)–, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I) y en los convenios internacionales en que España sea parte. A todas estas modalidades contractuales les será de aplicación lo dispuesto en el título I de esta Ley». *Vid.* art. 23.8 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, y *vid.* ARNAU MOYA, F.: «El décimo aniversario de la Ley 4/2012 de contratos de aprovechamiento por turnos», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, pp. 305-306.

²⁰ En ese caso «el adquirente o cesionario de esos derechos podrá impugnar en cualquier momento el contrato de cesión y reclamar las cantidades que hubiera abonado, así como una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen sido causados». *Vid.* PINO ABAD, M.: «Régimen jurídico de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico tras la entrada en vigor de la Ley 4/2012, de 6 de julio», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, volumen 2, 2016, p. 189. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5665908.pdf> (última consulta: 10.05.2024).

²¹ *Vid.* MORENO QUESADA, B., en AA. VV. (SÁNCHEZ CALERO, F.J., coord.): *op. cit.*, p. 326.

²² También nos podemos encontrar con un promotor distinto al propietario, un tercero que vaya a hacerse cargo del servicio de intercambio, a los aseguradores y a los avalistas.

²³ Tal y como establece el artículo 23.2 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, «el régimen de aprovechamiento por turno sólo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado. Todos los alojamientos independientes que lo integren, con la necesaria excepción de los locales, deben estar sometidos a dicho régimen. Será necesario que el conjunto tenga, al menos, diez alojamientos. Se permite, no obstante, que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que los derechos de aprovechamiento por turno recaigan sobre alojamientos concretos y para períodos determinados». En relación con el número mínimo de 10 alojamientos para la constitución del régimen de aprovechamiento por turno *vid.* la Resolución de 19 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Tías, por la que se deniega la inscripción de un acta de desafección de alojamientos en régimen preexistente a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (*BOE* núm. 133, de 4 de junio de 2021).

²⁴ También llamado periodo anual de aprovechamiento.

²⁵ O la contraprestación a pagar por el adquirente del derecho de aprovechamiento por turno.



Formales: son la constitución en escritura pública²⁶ y la inscripción en el Registro de la Propiedad²⁷, debiendo concurrir al otorgamiento de la escritura la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo que sea el propietario quien los asuma directamente²⁸. Para que el titular registral del inmueble pueda constituir el régimen, la Ley 4/2012, de 6 de julio «exige el cumplimiento de determinados requisitos previos, de forma que, la falta de acreditación de su cumplimiento determinará que ni el notario pueda autorizar la escritura reguladora del régimen de aprovechamiento por turno, ni el registrador inscribirlo»²⁹. Dichos requisitos previos son:

- a) «Haber inscrito la conclusión de la obra en el Registro de la Propiedad y haberla incorporado al Catastro Inmobiliario. En el caso de que la obra esté iniciada, deberá haber inscrito la declaración de obra nueva en construcción»³⁰.
- b) «Cumplir con los requisitos establecidos para ejercer la actividad turística, disponer de las licencias de apertura y las de primera ocupación de los alojamientos, zonas comunes y servicios accesorios que sean necesarias para el destino. En el caso de que la obra esté tan solo iniciada, bastará haber obtenido la licencia de obra y la necesaria para la actividad turística»³¹.
- c) «Haber celebrado el contrato con una empresa de servicios que reúna los requisitos que a estas se exijan, salvo que el propietario, cumpliendo los mismos requisitos, haya decidido asumirlos directamente»³².

²⁶ Se trata del título constitutivo, y ha de contener los requisitos a los que se refiere el artículo 26 de la Ley 4/2012, de 6 de junio. El aprovechamiento por turno nacerá tras la inscripción registral de la escritura reguladora, teniendo dicha escritura carácter constitutivo. La modificación del régimen solo puede efectuarse por el propietario registral, si bien ha de contar con el consentimiento de la empresa de servicios y de la comunidad de titulares, conforme con lo establecido en el artículo 33.4 del citado cuerpo legal, debiendo constar tal modificación en escritura pública y ser inscrita en el Registro de la Propiedad, en los términos señalados en el artículo 25.3. *Vid.* ARNAU MOYA, F.: *op. cit.*, p. 313, y *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 313/2020, de 5 octubre (JUR 2021\1741) en relación con la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno por la omisión de datos en la escritura y en la inscripción en el Registro de la Propiedad. En este mismo sentido ver también Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 325/2015, de 6 julio (AC 2016\1829).

²⁷ A este respecto no podemos olvidar que «la inscripción en el Registro de la Propiedad del régimen de aprovechamiento por turno se configura como obligatoria, de tal manera que cualesquiera contratos relativos al nuevo derecho real habrán de considerarse nulos de pleno derecho si se han celebrado antes de constituirse el régimen de aprovechamiento por turno...». *Vid.* LASARTE, C.: *op. cit.*, p. 259.

²⁸ *Vid.* art. 25.3 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, que exige los mismos requisitos formales que los establecidos en el art. 4.3 de la antecesora Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

²⁹ *Vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en AA. VV. (DE PABLO CONTRERAS, P., coord.): *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales*, 5.ª edición, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 548-549.

³⁰ Art. 25.1. a) de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

³¹ Art. 25.1. b) de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

³² Art. 25.1. c) de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

- d) «Haber concertado los seguros o las garantías a que se refiere el artículo 28, así como, en su caso, las garantías por daños materiales por vicios o defectos de la construcción previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación –(RCL 1999\2799)–, si fuere el constructor o promotor del inmueble, o en otro caso haber facilitado información del mismo a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno»³³.

Esta figura de reciente creación se puede definir también «como un nuevo instrumento jurídico que, respondiendo a una técnica de marketing y a un proceso de promoción empresarial de extraordinaria agresividad³⁴, permite el acceso a una vivienda turística durante un determinado periodo de tiempo anual en sucesivas anualidades»³⁵. Por ello, tanto la legislación europea como la española han tratado de establecer mecanismos de protección al consumidor³⁶.

En otro orden de las cosas, y siguiendo a González Carrasco, la terquedad del legislador español a la hora de regular el derecho de aprovechamiento por turno como un derecho real sobre cosa ajena constituyó un hecho insólito en el ámbito de la UE. La mayoría de los complejos sitios en España y explotados en régimen de *timesharing* estaban en régimen de derecho personal y de tipo asociativo³⁷, regulado por las leyes extranjeras. Sin embargo, la ley española, en exceso intervencionista, partió de la idea de que este derecho era un producto inmobiliario³⁸, que se articulaba a través de un control notarial y registral, pese a que el art. 3.4 de la Directiva 2008/122/CE dispone que «un derecho de aprovechamiento por turno de bienes de

³³ Art. 25.1. d) de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

³⁴ En ese sentido incluso ha llegado a ser tildada como una práctica comercial engañosa, que ha dado lugar a infinidad de abusos en perjuicio de sus consumidores, motivo por el cual es recomendable que el adquirente sea cauteloso y cuente siempre con asesoramiento jurídico especializado en la materia, antes de proceder a la contratación de este derecho real limitado de goce, a fin de evitar así un posible litigio judicial.

³⁵ Vid. LASARTE, C.: *Propiedad y Derechos Reales de Goce. Principios de Derecho Civil*, tomo cuarto, 10.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 362.

³⁶ En este sentido «puede afirmarse que la intención originaria del legislador [...] a la hora de abordar el tratamiento del tiempo compartido era la protección de unos adquirentes que se encontraban virtualmente indefensos en los supuestos de fraude y mercadotecnia agresiva». Vid. SÁNCHEZ JORDÁN, M.ªE. y CAPOTE PÉREZ, L.J.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2017 (16/2017). Nulidad de los contratos de paquetes vacacionales o derechos de afiliación celebrados al margen de los dispuesto en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes muebles», p. 41. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-1 (última consulta: 10.05.2024).

³⁷ *Club trustee*, una de las fórmulas articularorias del *timesharing*. Vid. CAPOTE PÉREZ, L.J.: *op. cit.*, p. 18.

³⁸ Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: «El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3/2012, p. 7. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/115/92> (última consulta: 12.05.2024).



uso turístico o un producto vacacional de larga duración no podrá comercializarse ni venderse como inversión».

De lo expuesto queda claro que se trata de un derecho real limitado de goce, de creación *ex novo*, de carácter temporal, y que atribuye la facultad de disfrute al titular del aprovechamiento por turno.

3. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se contiene de modo básico en el Título II de la Ley 4/2012, de 6 de julio. En este apartado nos centraremos en realizar un repaso de sus aspectos más relevantes: constitución, modificación, contenido, periodo de disfrute, duración, incumplimiento de los servicios y extinción del derecho.

A) CONSTITUCIÓN

El artículo 25.1 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, establece que el régimen de aprovechamiento por turno debe ser constituido por el propietario registral del inmueble. Para poder hacerlo, además de cumplir con los requisitos previos, el propietario que constituya el régimen deberá contratar a favor de los futuros adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno un aval bancario con alguna de las entidades registradas en el Banco de España, o un seguro de caución celebrado con entidad autorizada para operar en dicho ramo en cualquier Estado miembro de la UE, que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho, actualizadas con arreglo al índice de precios de consumo (en adelante, IPC), si la obra no ha sido finalizada en la fecha fijada o no se ha incorporado el mobiliario descrito en la escritura reguladora cuando el adquirente del derecho opte por la resolución del contrato³⁹.

Mientras no esté inscrita el acta notarial donde conste la finalización de la obra, en ningún caso podrá quedar liberado el aval, ni extinguirse el contrato de seguro.

El régimen se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad, debiendo concurrir al otorgamiento de la escritura la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son por él asumidos.

³⁹ Las cantidades así recibidas serán independientes de las que deba satisfacer el propietario o promotor en concepto de indemnización de daños y perjuicios, consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

B) MODIFICACIÓN

Una vez constituido, el régimen solo podrá ser modificado por el propietario registral, con el consentimiento de la empresa de servicios y de la comunidad de titulares⁴⁰, tal y como establece el artículo 27.4 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

La comunidad de titulares se regirá por los estatutos previstos en la propia escritura o los que libremente adopten los titulares de los derechos. Sin embargo, y teniendo en cuenta que cada persona tendrá tantos votos como derechos de los que es titular, el artículo 33.4 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, establece lo siguiente:

- 1.^a Los acuerdos que tiendan a modificar el régimen constituido deberán ser tomados por la mayoría de dos tercios de los titulares.
- 2.^a Los demás acuerdos requerirán únicamente la mayoría simple.
- 3.^a Cada persona tendrá tantos votos como derechos de los que es titular.
- 4.^a Si no resultare mayoría, o el acuerdo fuere gravemente perjudicial para los interesados, el juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda.
- 5.^a Las normas de la Ley 46/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal –(RCL 1960\1042)–, reguladoras del funcionamiento de las comunidades de propietarios se aplicarán con carácter supletorio y subsidiario⁴¹.

C) CONTENIDO

Del contenido del contrato de aprovechamiento por turno nos ocuparemos en el epígrafe siguiente. No obstante, baste exponer ahora que «el derecho de aprovechamiento por turno se configura como un gravamen que pesa, en conjunto sobre la total propiedad del alojamiento o del inmueble [...] y que confiere a su titular las facultades de uso exclusivo del inmueble [...] y de disposición del mismo...»⁴².

D) PERIODO DE DISFRUTE

Respecto al tiempo real y efectivo del que cada titular del aprovechamiento podrá disfrutar, con carácter exclusivo, del alojamiento, en cómputo anual, cabe decir que «no podrá ser nunca inferior a siete días seguidos y, dentro de un mismo régimen, los turnos podrán tener o no la misma duración. Deberá, además, quedar reservado para reparaciones, limpieza u otros fines comunes un período de tiempo que no podrá ser inferior a siete días por cada uno de los alojamientos sujetos al régimen»⁴³.

⁴⁰ A la que se refiere el artículo 33.4 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

⁴¹ *Vid.* art. 33.4 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

⁴² *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L.: *op. cit.*, p. 88.

⁴³ *Vid.* art. 23.3 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.



E) DURACIÓN

Al ser un derecho real limitado tiene que ser temporal. De ahí que la Ley 4/2012, de 6 de julio, disponga que, en relación con «la duración del régimen, este será superior a un año y no podrá exceder de cincuenta, a contar desde la inscripción del mismo o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción»⁴⁴.

F) INCUMPLIMIENTO DE LOS SERVICIOS

Para el correcto funcionamiento del régimen «el propietario o promotor es responsable, frente a los titulares de derechos de aprovechamiento por turno, de la efectiva prestación de los servicios. En el caso de incumplimiento por la empresa de servicios, el propietario o promotor deberá resolver el contrato y exigir el resarcimiento de daños y perjuicios, correspondiendo la acción de resolución al propietario o promotor. En todo caso, cualquier titular de un derecho de aprovechamiento por turno podrá reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondan en el caso de que tal prestación no se efectúe. Una vez resuelto el contrato celebrado con la empresa de servicios que lo ha incumplido, el propietario o promotor deberá asumir directamente la prestación del servicio o contratarla con otra empresa de servicios. No perjudicando cualquier alteración del contrato, en ningún caso, a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno»⁴⁵.

G) EXTINCIÓN

Son causas de extinción de este derecho las propias de los derechos reales limitados, estas son, por ejemplo, la consolidación⁴⁶, la muerte del titular, la renuncia abdicativa pura y simple, el transcurso del tiempo o la resolución del contrato por falta de pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados⁴⁷. Sin embargo, la Ley 4/2012, de 6 de julio, únicamente establece respecto a la extinción

⁴⁴ Vid. art. 24.1 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

⁴⁵ Vid. art. 34 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

⁴⁶ Cuando el derecho de aprovechamiento por turno se configura como un derecho real «la reunión del derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella, en una misma persona no implica extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen». Vid. art. 23.4 de la Ley 4/2012, de 6 de julio. Lo cual constituye una excepción a la regla general de que los derechos reales se extinguen por confusión, como es el caso del usufructo (art. 513 núm. 3.º CC); o la servidumbre (art. 546 núm.1), dado que nadie tiene servidumbre sobre cosa propia (*nemini res sua servit*).

⁴⁷ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *op. cit.*, pp. 821-822.

que, una vez «extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna»⁴⁸.

4. FORMA Y CONTENIDO DEL CONTRATO

Las pocas normas referidas a la forma de este contrato se contemplan en términos generales en el artículo 11 de la Ley 4/2012, de 6 de julio⁴⁹. Los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa o de intercambio se formalizarán por escrito, en papel o en otro soporte duradero, y se redactarán, en un tamaño tipográfico y con un contraste de impresión adecuado que resulte fácilmente legible⁵⁰, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor o del que este sea nacional, a su elección, siempre que se trate de una lengua oficial de la UE.

La información precontractual facilitada al consumidor, debidamente firmada por este, formará parte integrante del contrato y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario o cuando los cambios se deban a circunstancias anormales, imprevisibles y ajenas a la voluntad del empresario y cuyas consecuencias no se hubieran podido evitar pese a toda la diligencia empleada. Estos cambios se comunicarán al consumidor, en papel o en cualquier otro soporte duradero fácilmente accesible para él, antes de que se celebre el contrato, y deberán constar explícitamente en este.

Asimismo, en el contrato figurará la identidad, el domicilio, la firma de cada una de las partes, la fecha y el lugar de celebración del contrato, el cual incluirá

⁴⁸ Vid. art. 24.2 de Ley 4/2012, de 6 de julio. De hecho, no existe una regulación legal sobre la extinción de un régimen de aprovechamiento por turno, ya que tanto la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, en su artículo 6.4, como la Ley 4/2012, de 6 de julio, en su artículo 27.4, han regulado la modificación del régimen, pero sin mención alguna a la forma de extinguirlo. Dicha laguna legal ha tenido que ser completada por una regulación estatutaria, en la que los regímenes de aprovechamiento por turno han regulado el modo de extinguir el régimen establecido. Vid. FD. 1. de la Resolución de 1 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Denia n.º 2 a inscribir una escritura de extinción de régimen de multipropiedad por cuotas indivisas y desafección de finca (BOE núm. 155, 29 de junio de 2022). En relación con la extinción del régimen de aprovechamiento por turno ver también la Resolución de 7 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Denia n.º 2 a inscribir una escritura de extinción de régimen de multipropiedad respecto de determinados inmuebles (BOE núm. 184, 2 de agosto de 2022).

⁴⁹ Primeramente, regulado en el art. 9 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

⁵⁰ Por ello no será necesario formalizar el contrato en escritura pública notarial para que este se perfeccione. Vid. PINO ABAD, M.: *op. cit.*, p. 197. Al contrario que el derecho, que sí se ha de constituirse obligatoriamente en escritura pública por el propietario registral del inmueble, tal y como reza el art. 25.3 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.



un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte⁵¹, recibiendo el consumidor al menos una copia del contrato con sus anexos en el momento de su celebración.

Además de lo expuesto, el artículo 30 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, establece cuál debe ser el contenido mínimo de este contrato. Y al respecto, dispone que en el contrato celebrado por toda persona física o jurídica en el marco de su actividad profesional⁵² y relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se expresarán, al menos, los siguientes extremos:

- 1.º Los datos de la escritura reguladora del régimen, con indicación del día del otorgamiento, del notario autorizante y del número de su protocolo, y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.
- 2.º Referencia expresa a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, haciendo constar la fecha en que el régimen se extinguirá.
- 3.º Identificación del bien inmueble mediante su referencia catastral, descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina.
- 4.º Expresión de que la obra está concluida o se encuentra en construcción. En este último caso, habrá de indicarse:
 - a) La fase en la que se encuentra la construcción.
 - b) El plazo límite para la terminación del inmueble.
 - c) La referencia a la licencia de obra e indicación y domicilio del Ayuntamiento que la ha expedido.
 - d) La fase en que se encuentran los servicios comunes que permitan la utilización del inmueble.
 - e) El domicilio indicado por el adquirente donde habrá de notificársele la inscripción de la terminación de la obra y la fecha a partir de la cual se computará la duración del régimen.
 - f) Una memoria de las calidades del alojamiento objeto del contrato.

⁵¹ Según figura en el anexo v de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

⁵² Conviene mencionar que el art. 33.2 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, establece, al igual que lo hacía el art. 15.2 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que «El titular de derechos de aprovechamiento por turno que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos reales constituidos sobre los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en el presente título. Los adquirentes de estos derechos quedarán subrogados en los que correspondan al titular del derecho de aprovechamiento por turno con arreglo a esta Ley y, en especial, los que le corresponden frente al propietario del inmueble». Estos profesionales a los que se refiere la Ley no tienen que ser empresarios, pero sí profesionales que se dediquen habitualmente a la comercialización de este tipo de derechos. *Vid.* CORDERO CUTILLAS, I.: *op. cit.*, p. 12. En este sentido ver también LETE ACHIRICA, J.: «La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», *Actualidad Civil*, n.º 5, 1999, p. 134; y *vid.* RUIZ-RICO, J.M. y GARCÍA ALGUATIL, M.ªJ.: «Título I: Normas civiles y mercantiles. Capítulo I: Disposiciones generales», en AA. VV. (RUIZ-RICO, J.M. y CAÑIZARES LASO, A., dirs.): *Multipropiedad y Aprovechamiento por Turno. Comentarios Sistemáticos a la Ley sobre derechos de aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 99-110.

- g) Una relación detallada del mobiliario y ajuar con que contará el alojamiento, así como el valor que se le ha atribuido a efectos del aval o del seguro a los que se refiere el artículo 25.2⁵³.
 - h) La referencia expresa a dicho aval o seguro, con indicación de la entidad donde se ha constituido o con quien se ha contratado y que el mismo podrá ser ejecutado o reclamado por el adquirente en el caso de que la obra no esté concluida en la fecha límite establecida al efecto o si no se incorpora al alojamiento el mobiliario establecido.
- 5.º El precio que deberá pagar el adquirente y la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba satisfacer anualmente, una vez adquirido el derecho, a la empresa de servicios o al propietario que se hubiera hecho cargo de estos en la escritura reguladora, con expresión de que se actualizará con arreglo al IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística, salvo que las partes hayan establecido otra forma de actualización, que no podrá quedar al arbitrio de una de ellas, indicando, a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años. También se hará expresión del importe de los impuestos que lleva aparejada la adquisición, así como una indicación somera de los honorarios notariales y registrales para el caso de que el contrato se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.
 - 6.º Servicios e instalaciones comunes que el adquirente tiene derecho a disfrutar y, en su caso, las condiciones para ese disfrute.
 - 7.º Si existe o no la posibilidad de participar en servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento⁵⁴.
 - 8.º Expresión del nombre o razón social, con los datos de la inscripción en el Registro Mercantil en el caso de que se trate de sociedades, y el domicilio:
 - a) Del propietario o promotor.
 - b) Del transmitente, con indicación precisa de su relación jurídica con el propietario o promotor en el momento de la celebración del contrato.
 - c) Del adquirente.
 - d) De la empresa de servicios.
 - e) Del tercero⁵⁵ que se hubiera hecho cargo del intercambio, en su caso.
 - 9.º Duración del régimen, con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de la inscripción de esta. Si el inmueble está en construcción, con referencia a la fecha límite en que habrá de inscribirse el acta de terminación de la obra.
 - 10.º Expresión del derecho que asiste al adquirente a:
 - a) Comprobar la titularidad y cargas del inmueble, solicitando la información del registrador competente, cuyo domicilio y número de fax constará expresamente.
 - b) Exigir el otorgamiento de escritura pública.
 - c) Inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.
 - 11.º El domicilio o dirección electrónica designado expresamente por las partes contratantes para la práctica de toda clase de requerimientos y notificaciones.

⁵³ Mientras no esté inscrita el acta notarial donde conste la finalización de la obra, en ningún caso podrá quedar liberado el aval constituido, ni extinguirse el contrato de seguro.

⁵⁴ Cuando exista esta posibilidad, se expresarán los eventuales costes.

⁵⁵ Este tercero, si es una persona jurídica, deberá tener sucursal abierta e inscrita en España.



Cada una de las partes podrá, con posterioridad al contrato, modificar dicho domicilio o dirección electrónica, siempre que lo comunique a la otra por medio que acredite su recepción.

12.º El lugar y firma del contrato.

13.º Si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado de cesión a terceros del derecho objeto del contrato⁵⁶.

Por otro lado, «el inventario y, en su caso, las condiciones generales no incluidas en el contrato⁵⁷, así como las cláusulas estatutarias inscritas, figurarán como anexo inseparable suscrito por las partes»⁵⁸. Además, tal y como hemos indicado con anterioridad, «el contrato, y la información precontractual, se redactarán en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente o del que este sea nacional, a su elección, siempre que se trate de una lengua oficial de la UE»⁵⁹. Al fin y al cabo, con esta norma el legislador patrio trata de garantizar que el adquirente comprenda el contenido de toda la documentación.

Por último, «en su caso, junto con el contrato se entregará al adquirente el certificado de eficiencia energética del edificio o de la parte adquirida, según corresponda»⁶⁰.

⁵⁶ Cuando exista esta posibilidad, se expresarán los eventuales costes, al menos aproximados, que dicho sistema supondrá para el adquirente.

⁵⁷ *Vid.* art. 5 y art. 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998\960), y el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [(RCL 2007\2164), en adelante, TRLGCU].

⁵⁸ *Vid.* art. 30.2 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.

⁵⁹ *Vid.* art. 30.3 de la Ley 4/2012, de 6 de julio. Dicho artículo establece que «Si el adquirente es residente en España o el empresario ejerce aquí sus actividades, el contrato deberá redactarse además en castellano y, en su caso, a petición de cualquiera de las partes, podrá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas españolas oficiales en el lugar de celebración del contrato. Asimismo, el transmitente deberá entregar al adquirente la traducción jurada del contrato a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de la UE en que esté situado el inmueble, siempre que sea una de las lenguas oficiales de la UE. Los adquirentes extranjeros que no sean nacionales de algún Estado miembro de la UE ni residentes en los mismos podrán exigir que el contrato y los demás documentos se les entreguen traducidos a la lengua de un Estado miembro de la UE que ellos elijan. Los propietarios, promotores o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno deberán conservar, a disposición de las organizaciones de consumidores y, en su caso, de las autoridades turísticas, las traducciones de los documentos que deben entregar a cualquier adquirente y de las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales. Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar, en caso de existir alguna divergencia entre las distintas versiones, se aplicará la más favorable al adquirente», puesto que «debe ser el promotor, como responsable de la divergencia, el que debe soportar las consecuencias de la misma». *Vid.* PINO ABAD, M.: *op. cit.*, p. 199.

⁶⁰ *Vid.* art. 30.4 de la Ley 4/2012, de 6 de julio.



5. DERECHO DE DESISTIMIENTO

El adquirente del derecho de aprovechamiento por turno dispone de un plazo de reflexión, posterior a la firma del contrato, que le permite meditar sobre la operación que ha realizado, pudiendo desvincularse, de forma gratuita, de la relación jurídica que le vincula con el transmitente. De dicha facultad de desistimiento debe ser informado el consumidor por parte del empresario con anterioridad a la celebración del contrato, y del plazo con el que cuenta para su ejercicio⁶¹.

El artículo 5 de la Directiva 94/47/CE configuró con el concepto de resolución dos derechos diferentes a favor del adquirente:

- La resolución sin alegar motivos (*ad nutum*) o sin justificación alguna⁶², dentro del plazo de diez días naturales⁶³ a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante.
- La resolución del contrato por falta de la información precontractual, en cuyo caso el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato en un plazo de tres meses a partir de ese momento⁶⁴.

Esta distinción se trasladó a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que aplicó el sistema dual atribuyendo el término de desistimiento⁶⁵, para los casos de información correcta, y el de resolución⁶⁶, para los casos de información precontractual incorrecta.

En la Directiva 2008/122/CE «se optó [...] por un tratamiento unitario del derecho de desistimiento superando la distinción desistimiento-resolución [...]». Tales

⁶¹ Vid. PINO ABAD, M.: *op. cit.*, p. 200.

⁶² Es un puro cambio de voluntad. Vid. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: *Aprovechamiento por turno*, Civitas, Pamplona, 2013, p. 118.

⁶³ En caso de que el décimo día sea festivo se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente.

⁶⁴ Si transcurrido el plazo de tres meses no ha hecho uso del derecho de resolución y el contrato no contiene la información precontractual, el adquirente dispondrá del plazo de resolución *ad nutum* a partir del día siguiente al vencimiento de dicho plazo.

⁶⁵ Vid. art. 10.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (desistimiento unilateral): «El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno».

⁶⁶ Vid. art. 10.2 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (resolución): «Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno».



criterios de la Directiva fueron asumidos por la Propuesta de la Comisión General de Codificación [...] y por la vigente Ley»⁶⁷.

La Ley 4/2012, de 6 de julio, regula el derecho de desistimiento, que lo enuncia sin definirlo⁶⁸. Sin embargo, en el artículo 12.1⁶⁹, establece como Derecho Supletorio la legislación general para la defensa de los consumidores y usuarios⁷⁰.

El plazo para el ejercicio de la posibilidad de desvincularse, libre y gratuitamente de esta relación jurídica, es de catorce días naturales⁷¹ y se computará:

- A contar desde la fecha de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante, si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o, en otro caso, desde la recepción posterior de dicho documento.
- Si el empresario no hubiere cumplimentado y entregado al consumidor el formulario de desistimiento previsto en el artículo 11.4, el plazo empezará a contar desde que se entregue al consumidor el formulario de desistimiento debidamente cumplimentado y vencerá, en cualquier caso, transcurrido un año y catorce días naturales a contar desde el de la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante o el de la recepción posterior del documento contractual⁷².
- Si el empresario no hubiera facilitado al consumidor la información precontractual mencionada en el artículo 9, incluidos sus formularios, el plazo empezará a contar desde que se facilite dicha información y vencerá transcurridos tres meses y catorce días naturales a contar desde el de la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o el de la recepción posterior de dicho documento.

⁶⁷ Vid. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: *op. cit.*, p. 117.

⁶⁸ El art. 68 TRLGCU lo define en los siguientes términos: «El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase».

⁶⁹ Dicho artículo establece que «En los contratos regulados en esta Ley, el consumidor tendrá derecho de desistimiento sin necesidad de justificación alguna. En defecto de lo dispuesto en la presente Ley, el derecho de desistimiento se regirá por el –TRLGCU–».

⁷⁰ Vid. art. 12.1 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, en relación con los arts. 68 a 79 del TRLGCU.

⁷¹ El plazo para desistir se amplía a catorce días en trasposición de la Directiva 2008/122/CE.

⁷² La Ley reconoce al empresario la posibilidad de subsanar su incumplimiento antes del transcurso del plazo del año. Ahora bien, si el empresario no subsana dicho defecto en el plazo de un año, aún puede el consumidor que no hizo uso de su derecho desistir del contrato durante los catorce días naturales siguientes. Transcurrido ese plazo de un año y catorce días, se extinguirá en todo caso el derecho de desistimiento. Vid. COSTAS RODAL, L.: «Derecho de desistimiento en los contratos de aprovechamiento por turno», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3, 2012, p. 106. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/download/121/98/531> (última consulta: 18.05.2024).



El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero⁷³, pudiendo utilizar el formulario previsto en el anexo v⁷⁴. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario.

El ejercicio del derecho de desistimiento unilateral por el consumidor dejará sin efecto el contrato⁷⁵. De hecho, el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento no soportará coste alguno ni tendrá que pagar ninguna contraprestación correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo con anterioridad a la fecha del ejercicio de desistimiento. De tal modo que, «una vez ejercitado el derecho de desistimiento quedará sin efecto el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico [...], quedando automáticamente sin eficacia los contratos accesorios [...] sin coste alguno y en los términos establecidos en el artículo 15 de la Ley»⁷⁶. Lo que significa que «en el supuesto de que el precio hubiera sido cubierto mediante un préstamo concedido al consumidor por el empresario o por un tercero, según lo convenido entre el tercero y el empresario, el contrato de préstamo también quedará sin efecto sin costes, si el consumidor ejerce su derecho a desistir del contrato de aprovechamiento por turno, sin que puedan incluirse en los préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena para el caso de desistimiento»⁷⁷. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el artículo 15 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, «no alcanza a cualquier préstamo que el adquirente hubiese podido negociar por su cuenta a fin de financiar la adquisición de los derechos de aprovechamiento por turno, sino tan solo se declara la ineficacia de aquellos préstamos concedidos al adquirente por el transmitente, o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con él, siempre que el adquirente desista del contrato principal de conformidad con lo previsto en el artículo 12»⁷⁸. No obstante, lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, no impide el ejercicio de las acciones de nulidad o resolución

⁷³ Incluso un simple fax podía resultar un vehículo apto para provocar la ineficacia del contrato, aunque hubiere sido válidamente celebrado. *Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C.: *op. cit.*, p. 261. No considera, en cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 20 de julio de 1998 (AC\1998\8866), como prueba bastante el informe de transmisión de un fax enviado.

⁷⁴ En el caso de que no se utilice el anexo v, el formulario que se remita para notificar al empresario fehacientemente el desistimiento deberá reproducir su contenido básico, esto es, «destinatario, declaración de desistimiento, fecha del contrato, nombre y domicilio del consumidor, fecha y firma. —Y por supuesto—, el *acuse de recibo*». *Vid.* ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: *op. cit.*, p. 123.

⁷⁵ Es recomendable que el adquirente compruebe la fecha que figura en el contrato, pues una práctica fraudulenta que a veces se ha detectado en la contratación privada es la de adelantarla, con el resultado de hacer imposible el ejercicio del desistimiento por transcurso del plazo. Si el adquirente no se percató de este hecho al tiempo de la firma, asumirá la carga de la prueba en contra de la fecha que figura en el contrato. *Vid.* TENA ARREGUI, R.: «Desistimiento y resolución del contrato» en AA. VV. (LORA TAMAYO-RODRÍGUEZ, I., MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. y TENA ARREGUI, R.): *Aprovechamiento por turno de Bienes Inmuebles. Legislación comentada*, 1.ª edición, Sepin, Madrid, 2000, p. 267.

⁷⁶ *Vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en AA. VV. (DE PABLO CONTRERAS, P., coord.): *op. cit.*, p. 554.

⁷⁷ *Vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en AA. VV. (DE PABLO CONTRERAS, P., coord.): *op. cit.*, p. 554.

⁷⁸ *Vid.* PINO ABAD, M.: *op. cit.*, p. 203.

legal o contractual que procedan conforme a derecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 del TRLGCU.

6. LA PROHIBICIÓN DE PAGOS DE ANTICIPOS

Íntimamente relacionado con lo que exponíamos en el epígrafe anterior, esto es, el derecho de desistimiento, se encuentra la prohibición que recae sobre las empresas de percibir el pago de anticipos.

El artículo 13 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, establece que:

1. En los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración y de intercambio se prohíbe el pago de anticipos, la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento expreso de deuda o cualquier contraprestación a favor del empresario o de un tercero y a cargo del consumidor, antes de que concluya el plazo de desistimiento.
2. Las mismas prohibiciones se establecen respecto a los contratos de reventa, antes de que la venta haya tenido efectivamente lugar o se haya dado por terminado el contrato por otras vías.
3. Los actos realizados en contra de esta prohibición son nulos de pleno derecho y el consumidor podrá reclamar el duplo de las cantidades entregadas o garantizadas por tales conceptos.

Este artículo prohíbe tajantemente la realización de cualquier pago por el adquirente al transmitente mientras aquel puede desistir del contrato. De hecho, el propósito que persigue la Ley 4/2012, de 6 de julio, con esta imposición de prohibición de pagos de anticipos por parte del consumidor «es la de preservar a éste el mayor ámbito de libertad posible a fin de garantizar que el desistimiento contractual no quede mediatizado por el hecho de que el adquirente ya hubiese efectuado alguna entrega de dinero al transmitente y el temor a no recuperarlo le disuada de poner fin al contrato»⁷⁹. Además, ha de tenerse en cuenta que el artículo 16.3 ofrece un plus de protección al consumidor al establecer que «la renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del –CC–». De hecho, el Tribunal Supremo ha ratificado en diversas sentencias la prohibición de cobrar anticipos en contratos de asociación vacacional o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles como protección al consumidor y durante el periodo de desistimiento. En este sentido, hay que citar la reciente Sentencia del TS, de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 99/2022, de 7 de febrero (RJ\2022\820), por la que se estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2018, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife

⁷⁹ Vid. PINO ABAD, M.: *op. cit.*, p. 202-203.

(JUR 2019\48001), dimanante de los autos del juicio ordinario 942/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona, la cual trae causa de la interposición de un recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC (RCL 2000\34) por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁰. Dicho recurso se articuló en un motivo único, en el que se denunciaba la vulneración de la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo, en relación con la interpretación del artículo 11 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre⁸¹, que se recoge en las siguientes sentencias:

- STS, de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 627/2015, de 20 noviembre (RJ\2015\5315). Esta sentencia desestima el recurso de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 30 de octubre de 2013 (AC\2013\2349), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 1169/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana. Por la parte actora, se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, entre otros pedimentos, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas a las demandadas y la obligación de las demandadas de devolver dichas cantidades por duplicado. El Juzgado de Primera Instancia dictó la Sentencia, de fecha 15 de noviembre de 2010, que desestimó la demanda⁸². Sin embargo, contra la misma se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria,

⁸⁰ En este mismo sentido ver la STS de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 20/2022, de 17 de enero (RJ\2022\52). En dicha sentencia se alega que pese al incumplimiento del art. 11 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, la sala de apelación ha denegado la devolución duplicada de las cantidades anticipadas, al entender que no se había ejercitado la resolución contractual en el plazo previsto legalmente. En cambio, el TS declara que es doctrina jurisprudencial reiterada, expresada, entre otras, en la Sentencia 520/2016, de 21 de julio, que la obligación de devolución del duplo de la cantidad entregada como anticipo es un efecto derivado de la propia ley y en absoluto está condicionado a que se ejercite la facultad de desistimiento o se inste la resolución por parte de quien hizo el pago anticipadamente. Ante dicha doctrina jurisprudencial, el TS estimó parcialmente el recurso de casación al declarar que procedía la devolución duplicada del anticipo. *Vid.* FD. 2.º de la Sentencia del TS número 20/2022, de 17 de enero.

⁸¹ El recurrente también entiende que la citada sentencia de la Audiencia Provincial contiene una interpretación errónea del artículo 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, ya que alega que se pidió la nulidad del pago de los anticipos indebidamente cobrados pero no únicamente en relación con los pagos realizados dentro del plazo de 10 días para el periodo de desistimiento que otorga el art. 11 Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sino que también el demandante solicitó la devolución de los pagos realizados dentro del periodo de resolución del contrato, esto es, en el plazo de 3 meses, con el que cuenta el adquirente según lo estipulado en el artículo 10 cuando el contrato adolece del contenido mínimo que exigen los artículos 8 y siguientes de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. *Vid.* FD. 1.º de la Sentencia del TS número 99/2022, de 7 de febrero.

⁸² *Vid.* AH. 1.º de la Sentencia del TS número 627/2015, de 20 de noviembre.





cuyo fallo estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto⁸³. La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de casación, fundado en la infracción del artículo 11 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre la entrega de cantidades a cuenta en los contratos a que dicha ley se refiere, citando jurisprudencia contradictoria de las diferentes secciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas. La principal cuestión a dilucidar por el recurso fue si el pago efectuado por los compradores de un derecho de aprovechamiento por turnos a un tercero, diferente e independiente del transmitente, debía tener la consideración de anticipo, prohibido por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, o si, por el contrario, al no haber recibido el pago el transmitente del derecho, ni directa ni indirectamente, puede no tener dicha consideración, entendiendo la Sala del TS que dicho pago no debe considerarse válido al burlar la prohibición del cobro de anticipos⁸⁴. Además, recuerda la Sala que la «mención expresa en el artículo 13 de la actual Ley 4/2012, de 6 de julio [...], de la prohibición del pago de anticipos [...] no significa una novedad respecto de la anterior regulación de la materia [...] sino que simplemente se vienen a resolver las dudas que sobre la cuestión se habían suscitado en la práctica, que cabe considerar como injustificadas si se tiene en cuenta que la interpretación correcta del artículo 11 de la –Ley 42/1998, de 15 diciembre– [...] era que la prohibición afectaba tanto a la recepción de cantidades por parte del transmitente como por un tercero designado por el mismo...»⁸⁵.

- STS, de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 520/2016, de 21 de julio (RJ\2016\3209). Esta sentencia estima parcialmente el recurso de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 14 de mayo de 2014 (JUR\2014\197759), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 28/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de San Bartolomé de Tirajana. En este caso la actora también presentó demanda, entre cuyos pedimentos constaba la declaración como improcedentes de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas con obligación de devolver dichas cantidades por duplicado. La demandada se opuso a las pretensiones de la actora en el trámite de contestación a la misma, y el Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé de Tirajana, mediante Sentencia de 3 de febrero de 2012, desestimó la demanda absolviendo a la demandada de todos los pedimentos de contrario⁸⁶. La actora recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó Sentencia, de fecha 14 de mayo de 2014, por la que estimó en parte el recurso de apelación,

⁸³ Vid. AH. 2.º de la Sentencia del TS número 627/2015, de 20 de noviembre.

⁸⁴ Vid. FD. 2.º de la Sentencia del TS número 627/2015, de 20 de noviembre.

⁸⁵ Vid. FD. 3.º de la Sentencia del TS número 627/2015, de 20 de noviembre.

⁸⁶ Vid. AH. 1.º de la Sentencia del TS número 520/2016, de 21 de julio.



revocando parcialmente la sentencia de instancia y declarando la nulidad e improcedencia de los cobros anticipados del contrato⁸⁷. Sin embargo, la Audiencia considera que procede la devolución del tanto ingresado anticipadamente y no del duplo como se solicitaba en la demanda, pues esta última consecuencia únicamente tendría lugar en caso de desistimiento o resolución del contrato ya que, si el mismo subsiste, como ocurre en este caso, no tiene sentido la devolución de parte del precio para tener que pagarlo el contratante nuevamente⁸⁸. La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado como motivo único en la infracción del artículo 11 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, alegando la existencia de doctrina contradictoria de las audiencias provinciales⁸⁹. Entiende la Sala que la obligación de devolución del duplo de la cantidad entregada como anticipo es un efecto derivado del artículo 11 de la propia ley y que no está condicionado a que se ejercite la facultad de desistimiento o se inste la resolución por parte de quien hizo el pago anticipadamente⁹⁰.

- STS, de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 238/2018, de 24 de abril (RJ\2018\1791). Esta sentencia estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 5 de abril de 2016 (JUR\2016\206843), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 2117/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona. En este caso la actora también presentó demanda, entre cuyos pedimentos constaba que se declarasen como improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por la parte demandante, con obligación de devolver dichas cantidades por duplicado⁹¹. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona dictó Sentencia, de fecha 11 de mayo de 2015, cuyo fallo desestimaba íntegramente la demanda con expresa imposición de las costas procesales a la demandante⁹². Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por parte de la representación procesal de la actora y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó la Sentencia, de 5 de abril de 2016, cuyo fallo revocó parcialmente la sentencia recurrida, acordándose en su lugar la confirmación de la citada sentencia recurrida, salvo en lo referente a la imposición de las costas de la primera instancia que se dejó sin efecto⁹³. La actora «interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

⁸⁷ Vid. AH. 2.º de la Sentencia del TS número 520/2016, de 21 de julio.

⁸⁸ Vid. FD. 1.º de la Sentencia del TS número 520/2016, de 21 de julio.

⁸⁹ Vid. AH. 3.º de la Sentencia del TS número 520/2016, de 21 de julio.

⁹⁰ Vid. FD. 3.º de la Sentencia del TS número 520/2016, de 21 de julio.

⁹¹ Vid. AH. 1.º 1 de la Sentencia del TS número 238/2018, de 24 de abril.

⁹² Vid. AH. 1.º 3 de la Sentencia del TS número 238/2018, de 24 de abril.

⁹³ Vid. AH. 2.º de la Sentencia del TS número 238/2018, de 24 de abril.

1. Por infracción de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, en cuanto a su aplicación a los denominados Clubes Vacacionales.
2. Por infracción de la Ley 42/1998 al no considerar a la demandante como consumidora.
3. Por infracción de los artículos 1.7 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, y de los artículos 1261, 1265 y 6.3 del CC»⁹⁴.

Resuelve la Sala que «por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 42/1998, –de 15 de diciembre–, en cuanto prohíbe los pagos anticipados mientras el adquirente disponga de la facultad de resolución, sin perjuicio de que se garantice el pago del precio aplazado, procede condenar a la demandada a la devolución de una cantidad igual a la que alcanzan dichos pagos anticipados, en tanto que el apartado 2 de dicha norma ordena la devolución duplicada de la cantidad entregada, siendo así que dicha cantidad ya está comprendida en la obligación de devolución de lo percibido como consecuencia de la nulidad del contrato que se declara»⁹⁵.

Ante esta doctrina jurisprudencial, la Sentencia del TS número 99/2022, de 7 de febrero, estima el recurso de casación, declarando que procede la devolución duplicada del anticipo, confirmando así la Sentencia, de 8 de noviembre de 2017, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona, dimanante de los autos del juicio ordinario 942/2016⁹⁶.

7. REFLEXIONES FINALES

Primera. El derecho de aprovechamiento por turno es un derecho real limitado de goce que en ningún caso podrá comercializarse ni venderse como producto de inversión. De ahí, la proscripción del término originario de multipropiedad, ya que podía generar confusión en el consumidor respecto del derecho que estaba adquiriendo.

Segunda. Nos encontramos ante un derecho real con un régimen jurídico propio regulado en la Ley 4/2012, de 6 de julio, y, supletoriamente, por legislación general para la defensa de los consumidores.

Tercera. Especial atención por parte del legislador ha recibido la regulación del contenido mínimo del contrato que, pese a que establece una amplia relación de extremos que deben constar en el mismo, no impone la obligatoriedad de que se formalice en escritura pública, lo cual supondría un plus de protección para el consumidor ya que el contrato formalizado a través de este instrumento notarial precisaría del juicio de capacidad realizado a los intervinientes del contrato por parte del fedatario público.

⁹⁴ Vid. AH. 3.º de la Sentencia del TS número 238/2018, de 24 de abril.

⁹⁵ Vid. FD. 4.º de la Sentencia del TS número 238/2018, de 24 de abril.

⁹⁶ Vid. FD. 2.º de la Sentencia del TS número 99/2022, de 7 de febrero.

Cuarta. No cabe duda alguna que el derecho de desistimiento del contrato otorga al consumidor un plazo de reflexión para desvincularse libre y gratuitamente del contrato. Sobre todo, teniendo en cuenta la agresividad de las políticas comerciales en la contratación de este derecho, que tantos perjudicados ha producido a lo largo de los años. Sin embargo, consideramos que el plazo actual es insuficiente, pudiendo ser una propuesta de mejora de *lege ferenda* la ampliación del plazo de desistimiento a 30 días, dada la complejidad del contrato.

Quinta. La prohibición legal del pago de anticipos opera como un mecanismo de protección al consumidor, durante el periodo de ejercicio del derecho al desistimiento, en la medida en que trata de que el consumidor no vea condicionado el ejercicio de su derecho al temor de no recuperar las cantidades abonadas previamente al empresario, para el caso de que desista del contrato. Criterio que, a día de hoy, continúa gozando tanto del respaldo legal como del amparo jurisprudencial fijado mediante doctrina constante y consolidada de nuestro Alto Tribunal.



LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS A TRAVÉS DEL USO DE DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS*

Eduardo Gestido Castilla

Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas

Universidad de La Laguna

RESUMEN

Este trabajo busca aportar un enfoque crítico y reflexivo sobre la posible vulneración de los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos personales mediante el uso de dispositivos de videovigilancia en comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Se examinará el marco jurídico aplicable a estos derechos en las comunidades de vecinos y se identificarán las nuevas formas de videovigilancia que pueden perturbar estos derechos en el futuro, incluyendo el Internet de las cosas, los videoporteros, drones y cámaras termográficas. Se abordará el tema central del trabajo a través del análisis de la instalación y uso de sistemas de videovigilancia en virtud de acuerdos de la junta de propietarios, así como también por decisión unilateral por parte de propietarios singulares.

PALABRAS CLAVE: intimidad, propia imagen, protección de datos personales, comunidades de propietarios, sistemas de videovigilancia.

THE POTENTIAL VIOLATION OF PRIVACY, PERSONAL IMAGE, AND DATA PROTECTION RIGHTS THROUGH THE USE OF SURVEILLANCE DEVICES IN HOMEOWNER ASSOCIATIONS

ABSTRACT

This paper seeks to provide a critical and reflective approach to the possible violation of the rights to privacy, own image, and personal data protection through the use of video surveillance devices in communities of property owners under horizontal property regime. The legal framework applicable to these rights in residential communities will be examined, and new forms of video surveillance that may disrupt these rights in the future will be identified, including the Internet of Things, video doorbells, drones, and thermal cameras. The central topic of the paper will be examined through the analysis of the installation and use of video surveillance systems through agreements of the property owners' association, as well as by individual property owners.

KEYWORDS: privacy, self-image, personal data protection, property communities, video surveillance systems.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2023.40.03>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 40; julio 2023, pp. 59-97; ISSN: e-2530-8319



I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que, a día de hoy, la humanidad se encuentra sumergida en una etapa de cambios y transformaciones que están impactando rápida y profundamente en nuestra forma de relacionarnos. De ello son prueba los grandes avances tecnológicos que han ido aconteciendo año tras año, revolucionando el mercado digital y, de paso, nuestra manera de entender el mundo. El concepto de «Internet de las cosas» (Ashton, 2009) –también conocido como tecnología Internet of Things (IoT, siglas que utilizaremos a lo largo de este trabajo para denominar a esta tecnología)– es una de las más recientes incorporaciones, que ha supuesto una auténtica revolución industrial y, también, un tsunami jurídico de preguntas sin responder.

Dentro del ámbito de la intimidad, propia imagen y protección de datos personales, la implementación de herramientas tecnológicas e incluso, en algunos casos, la auténtica simbiosis digital supone un verdadero desafío porque se deben establecer límites y configurar, de forma proporcional e idónea, sus usos individuales. Pero yéndonos más allá de la esfera individual, acercándonos a la esfera comunitaria encuadrada dentro de la Ley de Propiedad Horizontal, se suceden situaciones conflictivas a través del uso de estas nuevas tecnologías que, por un lado, ayudan a la gestión de una comunidad de vecinos pero que, sin embargo, por otro, pueden llegar a dañar o extralimitarse con los derechos de terceros.

Ejemplo de este complejo ecosistema que se está construyendo, donde entran en conflicto tecnología y Derecho, es la reciente resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) de fecha del 21 de junio de 2022, derivada de una reclamación nacida en el seno de una comunidad de vecinos donde la instalación de una mirilla electrónica, dotada de la tecnología del Internet de las cosas, ha sido calificada por esta autoridad de control como una medida «respetuosa con la protección de datos y la intimidad de los vecinos»¹. La pregunta que nos surge ante este tipo de conflictos es si la AEPD estará teniendo en cuenta la trascendencia del uso de dispositivos conectados a redes de datos, con fácil acceso y manipulación por parte de terceros de las imágenes adquiridas desde esos dispositivos y si no supone esto un riesgo añadido para la intimidad de los vecinos, así como que los datos o imágenes recogidos por tales dispositivos sean entregados de forma exclusiva al propietario y no al administrador de dicha comunidad, aspectos que serán analizados a lo largo de este trabajo.

Para bien o para mal, todos estos avances tecnológicos han llegado para quedarse, cada año que pasa aparecen nuevos inventos digitales que nos hacen la vida más sencilla y amena² (nos aproximamos rápidamente a las llamadas *smart cities*,

* XXV Premio Jurídico «Felipe González Vicen» de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. Año 2024.

¹ Resolución AEPD EXP202204806. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/ai-00173-2022.pdf> [fecha de última consulta: 28 de marzo de 2023].

² ANA DOBRATINICH, G., «Derecho y tecnología. Diálogos in-calculables», en AA. VV. (ANA DOBRATINICH, G. dir.), *Derecho y nuevas tecnologías*, 1.ª edición, Thomson Reuters La Ley, Buenos



ciudades inteligentes)³ y que provocan que en el terreno jurídico nos encontremos ante un inmenso páramo sin respuestas. Es por ello por lo que la comunidad jurídica actual se encuentra con la necesidad de imaginar escenarios —ya no tan futuros como antaño—, para identificar posibles conflictos, abarcarlos desde diferentes perspectivas jurídicas y encontrar soluciones legales.

Esto es justo lo que se pretende realizar en los siguientes epígrafes, desgranando, de lo general a lo específico, los avances tecnológicos y digitales que se han implementado en el espacio común en el seno de las comunidades de propietarios, para descubrir si existe o no una lesión a los derechos de la intimidad, propia imagen y protección de datos, habiendo previamente, por supuesto, explicado qué significa y cómo se delimita cada uno de estos derechos.

La labor que se pretende llevar a cabo consiste en determinar la extensión y los límites de cada uno de los derechos implicados, localizar las posibles problemáticas en relación con su confluencia con el uso de nuevas tecnologías de captación de imágenes y otras variables humanas en espacios comunes (como los elementos comunes de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal), y proponer a partir de ello soluciones jurídicas factibles.

II. LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LAS COMUNIDADES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

1. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Para poder sumergirnos en el epicentro del debate que se plantea en este trabajo, es necesario, previamente, observar el recorrido legislativo que han tenido y tienen los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos personales en España desde una perspectiva general y amplia, materia que desgranaremos en los siguientes epígrafes.

1.1. *Protección de la intimidad y la propia imagen*

En primer lugar, y antes de abordar la normativa vigente en nuestro país, es necesario plantearse cuál es el significado del derecho a la intimidad. Esta cuestión ya fue resuelta por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) desde hace mucho. Según el TC, el derecho a la intimidad se refiere a la faceta más privada de

Aires, 2021, 4. Recuperado de https://www.academia.edu/73957471/Derecho_y_nuevas_tecnolog%C3%ADas [fecha de última consulta: 30 de abril de 2023].

³ Disponible en IEEE Smart Cities, <https://smartcities.ieee.org/resources> [fecha de última consulta: 30 de abril de 2023].



las personas, es decir, aquella esfera distante a miradas ajenas y que se procura mantener oculta por su naturaleza confidencial (STC 231/1988 de 2 diciembre)⁴. Dicho derecho consta de dos vertientes: una personal, de titularidad individual, y otra familiar (STC 185/2002 de 14 octubre)⁵.

El origen del debate acerca de las posibles implicaciones del derecho a la intimidad o a la propia imagen en el ámbito de las comunidades de propietarios se encuentra en un artículo titulado «The Right to Privacy», aparecido en 1890 en la célebre publicación *Harvard Law Review*, y que fue obra de Samuel Warren y Louis Brandeis⁶. Fue la primera ocasión en la que se reflejaba por escrito la concepción de que había un espacio inmaterial en la existencia de cada individuo que requería protección frente a las miradas ajenas⁷. Este trabajo dio lugar a un enorme desarrollo doctrinal que, partiendo de Estados Unidos, donde nació la idea, se expandió con gran ímpetu hasta la inclusión del derecho universal de toda persona a no ser objeto de «injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación» en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Posteriormente, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950, quedó plasmado y consolidado el derecho a la intimidad en el ámbito europeo, recogiendo su artículo 8 tanto la extensión como los límites de tal prerrogativa: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. La injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho solo está permitida en la medida en que sea prevista por la ley y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

Este antecedente histórico se hace presente en la conformación y regulación de los derechos de la personalidad en nuestro sistema legal. La Constitución española de 1978 adopta la idea de que existe una esfera intangible propia de todo individuo que debe ser preservada y protegida por las autoridades públicas, siendo este un derecho inalienable que solo puede ser cedido con el previo consentimiento del titular. De este modo, el derecho a la intimidad en España se reconoce en el artículo 18.1 de la Carta Magna⁸, precepto en el que se encuentra agrupado con otros derechos fundamentales estrechamente relacionados, como el derecho al honor, el derecho a

⁴ RTC 1988\231.

⁵ RTC 2002\185.

⁶ WARREN, S. y BRANDEIS, L. (1890), «The Right to Privacy,» *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, pp. 193-220. Recuperado de <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf> [fecha de última consulta: 25 de marzo de 2023].

⁷ MORENO BOBADILLA, Á., «El derecho a la intimidad en España», en *Arsboni et aequi*, 12 núm 1, 2016, p. 35. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853793> [fecha de última consulta: 25 de marzo de 2023].

⁸ Artículo 18.1 CE «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».



la propia imagen y el derecho a la protección de datos personales. La inclusión de estos derechos en la Sección 1.^a, del Capítulo II, del Título I de la Constitución les confiere una especial relevancia, dado que son considerados derechos fundamentales y cuentan con todas las garantías establecidas en el artículo 53 CE, vinculando a los poderes públicos, limitando la legislación a través de una reserva de ley orgánica y permitiendo el recurso en amparo ante el TC en caso de que se produzca una vulneración de los mismos. A partir de lo expuesto, y en síntesis, podemos definir el derecho a la intimidad personal y familiar, consignado en el artículo 18.1 de la Constitución y derivado de la dignidad de las personas, como «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, de 1 de diciembre)⁹.

En cuanto a su titularidad, es una afirmación pacífica el hecho de que el sujeto activo del derecho a la intimidad personal y familiar es la persona individual, con vida, pues el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha negado la posibilidad de que la titularidad pueda extenderse a personas que ya hayan fallecido (STC 231/1988 de 2 de diciembre)¹⁰. Y en una breve mención a la consistencia de este derecho, es recomendable recordar que este derecho goza de dos dimensiones¹¹: una referente al ámbito personal, el cual abarca tanto el espacio corporal como el no corporal del individuo y que, según el Tribunal Constitucional, tiene por objeto garantizar la reserva de aquellas partes de la vida personal del individuo que, según las convenciones sociales, deben permanecer al margen del conocimiento de terceros, debido a un pudor incluso de origen cultural (en relación con el cuerpo humano: STC 218/2002 de 25 de noviembre)¹²; y un ámbito familiar, entendido este como aquel que permite excluir de la atención de terceros lo que ocurre en el ámbito del hogar (STC 115/2000 de 5 de mayo)¹³.

Pero del derecho a la intimidad han nacido otras vertientes, a las que también nos vamos a referir a lo largo de este trabajo. Como se mencionó anteriormente, el derecho a la intimidad personal y familiar, junto con los derechos al honor y a la propia imagen, están regulados en conjunto. El derecho a la propia imagen es un derecho fundamental también recogido en el artículo 18.1 de la Constitución y cuyo alcance y contenido han sido definidos por la jurisprudencia a lo largo de los años; y, aunque está estrechamente relacionado con el de la intimidad como derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patri-

⁹ RTC 1988/231.

¹⁰ CARRILLO, M., «Artículo 18.1», AA. VV. (MONTESINOS PADILLA, C., coord; PÉREZ TREMP, P. y SAIZ ARNAIZ, A. dir.), *Comentario a la Constitución Española*, 40 Aniversario 1978-2018, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 413.

¹¹ CARRILLO, M., *op. cit.*, p. 414.

¹² RTC 2002/218.

¹³ RTC 2000/115.



monio moral de las personas, el TC ha declarado que son derechos autónomos con un contenido propio y específico (STC 14/2003, de 28 de enero)¹⁴.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental autónomo e independiente, que protege la imagen física externa de la persona y que impide que terceros puedan utilizarla sin su consentimiento (ATC 176/2007 de 1 marzo)¹⁵. Además, la jurisprudencia nacida en el seno de la sala de lo civil del Tribunal Supremo también ha reconocido que el derecho a la propia imagen no solo protege la imagen física de la persona, sino también su imagen moral y reputacional, es decir, la proyección que la persona hace de sí misma en la sociedad (STS 99/2019, de 20 de febrero)¹⁶. Dicho de otro modo, el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental independiente con autonomía propia, cuyo contenido se centra en la protección de la imagen exterior que proyectamos, evitando intromisiones no deseadas (STC 139/2001, de 18 de junio)¹⁷, velando por la imagen que queremos transmitir (STC 156/2001, de 2 de julio)¹⁸ o preservando nuestra imagen pública (STC 81/2001, de 26 de marzo)¹⁹.

En relación con su titularidad, también es pacífico en la doctrina y jurisprudencia que el único sujeto activo de este derecho es la persona física (quedando excluidas las personas jurídicas, ya que el TC, en STS de 29 de marzo de 1988, concluyó que solo se encuentra protegida la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible como tal)²⁰. Y, si nos adentramos en los límites que cercan este derecho fundamental, nos encontramos con una vinculación a la posible relevancia pública que tenga la imagen que se intenta proteger; esto ha sido matizado por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que cuando la información que se difunde sea relevante para la comunidad, se deberán asumir las posibles perturbaciones que haya sufrido por su difusión, en función de la notoriedad de esa imagen difundida (STC 190/2013, de 18 de noviembre [RTC 2013/190])²¹.

Siguiendo el mandato constitucional, el poder legislativo llevó a cabo la transposición y el desarrollo de los elementos esenciales de estos derechos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (en adelante, LOPH), que se centra en la salvaguarda del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, regulando la protección contra cualquier intromisión ilegítima en relación con estos derechos fundamentales que se reconocen a todos los ciudadanos²². En su artículo 1.3 se dispone que dichos derechos son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables y es en

¹⁴ RTC 2003\14.

¹⁵ RTC 2007\176.

¹⁶ RTC 2019/99.

¹⁷ RTC 2001\139.

¹⁸ RTC 2001\156.

¹⁹ RTC 2001\81.

²⁰ CARRILLO, M., *op. cit.*, p. 416.

²¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, p. 23.

²² MORENO BOBADILLA, Á., *op. cit.*, p. 41.

el artículo 7 de la citada Ley Orgánica donde se establecen cuáles son las conductas que se consideran como intromisiones ilegítimas, entre las que se destacan en este trabajo la utilización de dispositivos ópticos (como cámaras) para grabar, registrar o reproducir contenido de la vida privada de las personas, la captación de la imagen o momentos privados de la vida de una persona a través de dispositivos que permitan la fotografía o la grabación.

A las conductas recogidas en el artículo recién citado les son de aplicación las excepciones recogidas en el artículo 8, que son, a grandes rasgos, las que están autorizadas de acuerdo con la ley, en las que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante y, en particular, cuando se trate de personas con cargos públicos o relevancia pública, el derecho de la propia imagen del individuo no impedirá la captación, reproducción o publicación de su imagen durante un acto público o lugares abiertos al público, al igual que la creación de caricaturas según el uso social.

Como no podía ser de otra manera, la doctrina ha examinado este artículo 7 de LOPH, y ha resaltado que se trata de un precepto que impone un *numerus clausus* poco práctico y alejado de la realidad mundana que nos rodea, habiéndose quedado ya algo obsoleto²³. Por otro lado, la doctrina judicial ha interpretado que las excepciones recogidas en el artículo 8 representan un *numerus apertus*, una lista no exhaustiva de excepciones²⁴, lo que, en síntesis, viene a significar que, aunque el derecho a la privacidad individual y familiar se encuentra amparado frente a las interferencias ajenas, lo cual resalta la trascendencia de la defensa contra el constante progreso de los medios y artilugios para adquirir, compartir y difundir imágenes, datos y particularidades vinculados con la intimidad, estas medidas de contención, plasmadas en la única normativa que desarrolla de forma algo pobre estos derechos, ha quedado desfasada por la rápida evolución que experimentan las sociedades modernas, viéndose el Derecho gravemente afectado por el avance de la tecnología.

Por lo tanto, la única normativa apta que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico para defendernos de estas intromisiones ya no resulta una herramienta del todo útil para protegernos en los nuevos escenarios que están surgiendo en los últimos años.

1.2. *Protección de los datos personales*

Los constituyentes españoles añadieron el derecho fundamental a la protección de datos en el artículo 18.4 de la Constitución española de 1978 con el objetivo de, en un primer momento, garantizar la protección del honor y la intimidad personal y familiar contra un uso inapropiado de la informática y, en un segundo momento, a través del desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, al ritmo que avanzaba el proyecto de la Unión Europea, transformar esa

²³ *Idem*, p. 42.

²⁴ Así, SAP de A Coruña (Sección 5.ª) núm. 105/2009 de 25 marzo (rec. núm. 405/2008).



protección ligada a los derechos del honor y la intimidad personal y familiar en un derecho fundamental totalmente autónomo. En cierta manera, en España se previeron los peligros del uso de la emergente informática, todavía muy rudimentaria en aquellos años, y aunque fueron algo vanguardistas, lo cierto es que resultaron mucho más conservadores que nuestros vecinos portugueses, quienes sí incluyeron en su Constitución de 1976 el artículo 35, el cual contenía un auténtico derecho subjetivo autónomo y específico para tutelar los datos personales de los ciudadanos ante el uso de la informática²⁵.

En los albores de la vigencia de este derecho en nuestro sistema jurídico, se estimaba que se trataba solamente de una rama particular del derecho al honor y a la intimidad; sin embargo, con el vertiginoso avance que experimentó la tecnología en los años 90²⁶, quedaron en evidencia las carencias que nos acechaban con el precario desarrollo legislativo que existía hasta el momento sobre la materia; hablamos, por supuesto, de la ya derogada Ley Orgánica de 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal (en adelante LORTAD), cuyas disposiciones no aportaban luz ni garantías frente a los riesgos cada vez más crecientes que acechaban sobre los datos de los ciudadanos. Ante una imperiosa necesidad de protegerse de estas nuevas amenazas, se fueron desarrollando en Europa diferentes alternativas jurídicas para intentar dar respuesta a esta necesidad de protección totalmente novedosa. En un ámbito situado, en primer lugar, en el Consejo de Europa, y más tarde, incardinado en el proceso constituyente de la Unión Europea, fueron diferentes los ordenamientos jurídicos que comenzaron a incorporar un derecho subjetivo, directamente apelable por los ciudadanos, a la protección de datos, con entidad suficiente para sostenerse sin apoyo de otros derechos²⁷.

No obstante, el verdadero giro hacia un efectivo reconocimiento de este derecho se dio gracias a la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de cuyo título, que se puede tomar como una verdadera declaración de intenciones, se puede intuir un apoyo incondicional a la libertad de circulación y la prohibición de obstáculos para la consecución de ese objetivo²⁸. Su clara intención, desde luego, es garantizar un sistema de protección equivalente con respecto a los datos personales de los ciudadanos de todos los Estados miembros²⁹.

²⁵ RODRÍGUEZ ÁLVARES, J.L., «Artículo 18.3», AA.VV. (MONTESINOS PADILLA, C., coord.; PÉREZ TREMP, P. y SAIZ ARNAIZ, A. dir.), *Comentario a la Constitución Española*, 40 Aniversario 1978-2018, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 441-442.

²⁶ RALLO LOMBARTE, A., «El nuevo derecho de protección de datos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 2019, p. 56 Recuperado de https://www-jstor-org.accedys2.bbrk.ull.es/stable/pdf/26897609.pdf?refreqid=excelsior%3Ac093320635889c4b06433a8ba8a7b3ff&cab_segments=0%2Fbasic_search_gsv2%2Fcontrol&origin=&initiator=&acceptTC=1 [Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2023].

²⁷ *Idem*, p. 52.

²⁸ *Idem*, p. 51.

²⁹ RODRÍGUEZ ÁLVARES, J.L., *op. cit.*, p. 448.

En nuestro país, en el que habíamos empezado de manera prometedora, pero en el que, por precaución, el legislador no había dotado de un contenido autónomo claro a este derecho a la protección de datos (pues la LORTAD relacionaba de forma directa una lesión de la intimidad o del honor por el tratamiento automatizado de datos), se tuvo que realizar una labor interpretativa desde la jurisprudencia de nuestro TC, pronunciándose por primera vez en este sentido en la STC 254/1993, de 20 de julio³⁰, que declaró, en su FJ 6.º, que «la Constitución había incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los *derechos de las personas*», pero sin llegarla a desvincular del todo del derecho a la intimidad (misma sentencia, FJ 7.º). No fue hasta el año 2000 cuando el Tribunal Constitucional dio un paso más en el desarrollo de este derecho, yendo más allá del tenor literal de la Constitución y de la nueva ley que había nacido bajo el seno de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, sobre protección de datos y libre circulación de esos datos, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que sería desarrollada por el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal³¹.

Así, en la STC 292/2000, del 30 de noviembre³², se establece, por vez primera, el contenido autónomo y específico de este derecho fundamental a la protección de datos, atribuyendo al titular del mismo una serie de facultades que consisten «en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regularización debe establecer la ley», distinguiéndolo, sin medias tintas, del derecho a la intimidad, tanto en su función, su objeto como en su contenido, extendiendo la protección no solo a lesiones en relación con la intimidad o el honor, sino a cualquier otro tipo de derecho personal, ya sea o no un derecho constitucional³³. De esta manera, ya no solo se protegerían los datos íntimos, sino todos los datos personales, teniendo su titular la potestad de prohibir el uso o tratamiento de sus datos personales a terceros o de controlar quién los posee, pudiendo oponerse a esa posesión o uso (STC 292/2000, del 30 de noviembre, FJ 7.º).

Este importante cambio de rumbo en España no fue casual, pues se produjo de la mano de un cambio de paradigma europeo, el cual había ido avanzando a pasos agigantados mientras España interpretaba, con tibieza, el artículo 18.4 CE. Nos referimos, por supuesto, a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consagró el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental y autónomo, totalmente independiente del derecho a la intimidad, en su artículo 8. En un principio, esta Carta no constituía derecho imperativo, pues carecía de naturaleza vinculante, pero más tarde se aprobaría el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, proporcionando a la Carta de los Dere-

³⁰ RTC 1993/254.

³¹ RODRÍGUEZ ÁLVARES, J.L., *op. cit.*, 444.

³² RTC 2000/292.

³³ RODRÍGUEZ ÁLVARES, J.L., *op. cit.*, 444.



chos Fundamentales de la Unión Europea valor de Tratado, lo que viene a significar que el derecho de protección de datos se reconocería, de forma armonizada en todos los estados miembros, como un derecho fundamental, totalmente independizado de su matriz originaria, el derecho a la intimidad³⁴.

Más recientemente, el marco jurídico de este derecho se ha visto ampliado y transformado, debido a la publicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD), lo que daría lugar a la derogación de toda la normativa anterior en relación con la protección de datos, lo que en nuestro país motivó la aprobación de una nueva norma en materia de protección de datos, esta vez complementada por el RGPD; esta sería la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales³⁵ (en adelante, LOPDGDD).

Esta modificación a gran escala no solo ha supuesto una actualización legislativa, sino que se han incorporado nuevos enfoques a la hora del tratamiento de datos, algo que es muy relevante para este trabajo, porque deberemos aplicarlo a diferentes actividades que se realicen en el marco de la propiedad horizontal. Estos enfoques de los que se habla se pueden resumir en que, ahora, el responsable del tratamiento de los datos personales es quien deberá evaluar cuáles son las medidas técnicas y organizativas que mejor se adapten a la necesidad de salvaguardar los datos personales recabados según su nivel de protección. Esto significa, a grandes rasgos, que ahora la carga de la prueba ha sido trasladada a los responsables del tratamiento, que deberán responder por el tratamiento de los datos personales ante los interesados y las autoridades³⁶ (ante la AEPD, por ejemplo).

Y habiendo visto a grandes rasgos el recorrido jurídico que han realizado estos diferentes derechos fundamentales, debemos entrar en la materia concreta del trabajo que nos ocupa, y sumergirnos en la proyección que los mismos tienen en el marco de las comunidades de propietarios, que será el tema central del próximo epígrafe que desarrollaremos.

2. PROYECCIÓN DE LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EL MARCO DE LAS COMUNIDADES DE VECINOS

Ahora que ya se han sentado unas bases en relación con los derechos que constituyen el núcleo de este trabajo, es momento adecuado para traerlos a la cuestión que queremos analizar: ¿qué proyección tienen los derechos a la intimidad per-

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ RALLO LOMBARTE, A., *op. cit.*, p. 63.

³⁶ *Idem*, p. 49.

sonal y familiar, propia imagen y protección de datos personales en el marco de las comunidades de propietarios?

Es ampliamente conocido que, en el marco de la propiedad horizontal, se desarrolla la vida de los propietarios en estrecha relación de convivencia. El origen de las llamadas comunidades de propietarios es remoto³⁷ y existe gran debate y variedad de opiniones. Gracias a algunas menciones recogidas en el Digesto, hemos podido saber que ya en Roma existían algunos antecedentes del régimen de propiedad horizontal, pues los edificios estaban divididos en unidades independientes, cada una de las cuales tenía su propio propietario, sin que quedara del todo definida la distinción entre la propiedad privativa y los elementos comunes de un edificio, tales como los muros o tejados³⁸.

En España, este tipo de edificaciones horizontales, apilando pisos sobre pisos, proliferaron de forma vertiginosa después de la Guerra Civil³⁹, lo que produjo un cambio legislativo en el año 1939, pasando de la regulación tan escueta existente sobre la comunidad de propietarios del art. 396 CC a dictarse una legislación específica muy básica (Ley de 26 de octubre de 1939 sobre construcción, gravamen y régimen de viviendas de pisos o partes determinadas, que modifica notablemente la redacción del art. 396 CC) cuya insuficiencia dio lugar, en 1960, a la aprobación de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH). La redacción del art. 396 CC dada por la Ley de 1939 atribuía a cada propietario «un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso», al mismo tiempo que reconocía a cada propietario un «derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute»⁴⁰.

En la actualidad, la LPH establece las normas que deben seguirse en la gestión y administración de los elementos comunes de un edificio o conjunto de edificios. Según esta ley, los propietarios de cada vivienda tienen el derecho y la obligación de participar en la gestión de los elementos comunes del edificio a través de la comunidad de propietarios. Es la base que configura los elementos que confluyen en la propiedad de una vivienda separada e individualizada de otros pisos en un mismo edificio y, sobre todo, establece las pautas para poder disfrutar de la vida en comunidad⁴¹. Esta ley establece la obligación de crear una comunidad de propietarios en aquellos edificios en los que existan elementos comunes, como escaleras, portal, jar-

³⁷ GARRIGA ARIÑO, F., *Los supuestos juicios de equidad de la ley de propiedad horizontal*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1999, p. 17 Recuperado a partir de <https://www.tdx.cat/handle/10803/675338> [fecha de última consulta: 25 de marzo de 2023].

³⁸ *Idem*, p. 18.

³⁹ *Idem*, p. 24.

⁴⁰ *Idem*, p. 26.

⁴¹ Exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. Recuperado a partir de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1960-10906> [fecha de última consulta: 25 de marzo de 2023].



dines, piscinas, etc.⁴². En estos casos, los propietarios deben organizarse para administrar y gestionar estos elementos comunes de manera conjunta y democrática, y en el ámbito que aquí nos interesa, orientados a intentar evitar la conflictividad que surge cuando los propietarios solicitan la tutela de alguno de los derechos de los que trata este trabajo, tales como el derecho a la intimidad desde una perspectiva personal o la propia protección de datos, delimitando el alcance de los mismos para asegurar la buena convivencia vecinal⁴³.

El Código Civil, mientras tanto, en la redacción dada al art. 396 en el año 1999, y de forma no exhaustiva (no constituye un *numerus clausus*⁴⁴), establece los elementos comunes que conforman la comunidad. A modo de recordatorio, podemos señalar que los elementos comunes son todos aquellos elementos arquitectónicos o que ofrecen un servicio a todos los vecinos y que, de ninguna manera, son susceptibles de un uso exclusivo o individual por un solo propietario⁴⁵ (como ejemplo, el portal, la portería, las escaleras, los patios, ascensores, corredores y otros semejantes). No nos vamos a detener en los elementos privativos pues, como es lógico, no tienen trascendencia en el tema objeto de estudio. Estos elementos comunes, tal como resulta del artículo 3 LPH, se constituyen en copropiedad de todos y cada uno de los propietarios que conforman la comunidad⁴⁶.

Como vamos a tener oportunidad de comprobar a lo largo de este trabajo, según la jurisprudencia, los elementos comunes, tales como corredores o pasillos, así como patios o escaleras, no son lugares aptos para desarrollar conductas que pudieran estar inmersas en el ámbito de protección de los derechos de intimidad y propia imagen, pues son de acceso público, implicando ello que los actos que terceros realizaran para la adecuada conservación o mantenimiento de esos espacios no supondrían una vulneración del derecho a la intimidad de los vecinos. Parece evidente, está claro, que si se trata de una zona común y es de tránsito obligatorio y de acceso público, sería contraproducente realizar actos que pudieran estar en la esfera íntima de la persona en un lugar que no es de uso exclusivo individual. No obstante, aunque se trate de zonas comunes, debemos averiguar si es posible que, habiendo realizado ese tipo de actos en esas zonas, estos se pudieran encontrar protegidos efectivamente por el derecho a la intimidad personal y familiar, propia imagen y protección de datos personales, lo cual nos ayudará a delimitar el ámbito de aplicación de estos derechos y definir sus límites.

⁴² ESTRUCH ESTRUCH, J., «El régimen de propiedad horizontal», AA. VV. (DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y SERRA RODRÍGUEZ, A., coords.), *Derecho Civil III Derechos Reales*, 6.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 197.

⁴³ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Honor, intimidad y protección de datos personales en las comunidades en régimen de propiedad horizontal», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018, p. 210.

⁴⁴ JAIME LÓPEZ, I., JIMÉNEZ LUJÁN, J.J., LÓPEZ NAVARRO, J.E., ROSAT ACED, C., ROSAT ACED, J.I., «El régimen de propiedad horizontal», AA. VV. (ROSAT ACED, J.I., coord.), *GPS Propiedad Horizontal: Guía íntegra para la administración de Fincas*, 9.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 340.

⁴⁵ GARRIGA ARIÑO, F., *op. cit.*, p. 35.

⁴⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., *op. cit.*, p. 195.



En este sentido, en el régimen de propiedad horizontal, la protección de la intimidad del titular podría utilizarse para justificar obras que afecten a elementos comunes, lo que requiere una ponderación de los derechos e intereses en juego, resultando, en la mayoría de los casos, una prevalencia del interés general⁴⁷. Así se explica la decisión tomada en la SAP de Zaragoza (Sección 4.ª) núm. 731/2006 de 14 diciembre (rec. núm. 176/2006)⁴⁸, que condenó al demandado a retirar el toldo que había instalado en su balcón para proteger su intimidad, puesto que consideró que era contrario a la estética de la fachada de la comunidad. Sin embargo, en sentido contrario –esto es, prevaleciendo la protección de la intimidad del titular–, sí puede alegarse el derecho a la intimidad para combatir alteraciones en esos elementos comunes cuando se trata, por ejemplo, de obras relacionadas con la apertura de ventanas por otro condómino o ampliación de las ya existentes⁴⁹. En esta línea, podemos citar el asunto dilucidado por la SAP de Alicante (Sección 9.ª) núm. 58/2012 de 7 febrero (rec. núm. 294/2011)⁵⁰, donde el tribunal entendió que se estaba causando un perjuicio a la intimidad de la parte demandante, puesto que se había abierto una ventana en un pasillo de uso común, dando visión hacia al jardín de la afectada. En la misma línea podemos citar la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 80/2007 de 13 abril (rec. núm. 36/2007)⁵¹, que resuelve un supuesto en el que un propietario había abierto una ventana con vistas hacia la vivienda de la parte demandante.

En cuanto al derecho de la propia imagen y sus posibles vulneraciones en la comunidad de propietarios, podemos vincular ambas cuestiones directamente con el derecho fundamental a la intimidad en el mismo ámbito, porque una vulneración podría llevar a la otra fácilmente; prueba de ello es la reciente SAP de Jaén (Sección 1.ª) núm. 855/2021, de 21 de julio (rec. núm. 256/2020)⁵², en la que se desestimó que existiera vulneración de estos derechos de un propietario al que le habían prohibido el uso de las piscinas y jardines comunales por no practicar el nudismo (puesto que la comunidad de propietarios estaba constituida por nudistas), por considerar que, por un lado, no se imponía el nudismo, sino que, simplemente, las normas estatutarias de la comunidad de propietarios establecían que, para el uso de los espacios comunes, se practicara el nudismo, por lo que el demandante podía no hacer uso de esos elementos comunes; y por otro lado, tampoco apreció vulneración de la propia imagen puesto que, aunque la zona se encontraba videovigilada, estas cámaras de seguridad habían sido acordadas en junta. Asimismo, se argumentaba que en el caso hipotético de que alguien grabara las imágenes (con un dispositivo móvil, por ejemplo) no se encontraba probada su difusión.

Y como muestra de que este tema es conflictivo y de solución difícil, la anterior sentencia fue casada posteriormente por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª)

⁴⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 211.

⁴⁸ JUR 2007/139496.

⁴⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 214.

⁵⁰ JUR 2012/166217.

⁵¹ JUR 2007/271432.

⁵² JUR 2021/ 348055.



núm. 217/2023 de 13 febrero (rec. núm. 9494/2021)⁵³, donde sí se consideró como una vulneración al derecho fundamental de intimidad, libertad de pensamiento, libertad de movimiento e igualdad la imposición, sin base legal, del nudismo como condición *sine qua non* para hacer uso de los espacios comunes de los que eran copropietarios los afectados. Apunta el TS que no existe base para imponer el nudismo en los espacios comunes pues no hay unos estatutos comunitarios aprobados por unanimidad, dato que cobrará fuerza en futuros apartados de este trabajo.

Prescindiendo de la intimidad, otro extremo que se ve seriamente comprometido en las comunidades de propietarios es el que se refiere a los datos personales de los propietarios. Esto es así puesto que, en una sociedad como esta en la que vivimos, donde cada acción que realizamos deja un rastro, es completamente normal que, en el día a día de las comunidades de propietarios, para garantizar la buena gestión, sea necesario tratar con datos personales de los vecinos que la conforman⁵⁴. La comunidad de propietarios, aunque carece de personalidad jurídica, será la responsable de los ficheros donde se almacenen los datos personales de los propietarios, y deberá llevar un registro interno de actividades de tratamiento, poniendo dicho registro a disposición de la AEPD si esta lo reclamara⁵⁵.

En relación con los elementos comunes, como veníamos relatando, gira el derecho a la protección de datos personales de los propietarios en los casos siguientes: el conocido listado de propietarios morosos, los tablones de anuncios y otras publicaciones de datos en otros lugares de acceso abierto⁵⁶.

Dispone el artículo 9.1 h) LPH que el propietario comunero está obligado a comunicar su domicilio a efectos de notificaciones, para así poder recibir los actos de comunicación relacionados con la comunidad de propietarios. Si no hubiera designado otro, las notificaciones se practicarán en el piso o local ubicado dentro de la comunidad⁵⁷. Es por ello por lo que, en primer lugar, la comunidad de propietarios está obligada por imperativo legal a notificar los adeudos al propietario a través de la notificación en el domicilio comunicado por el propietario; en segundo lugar, y a

⁵³ RJ 2023\1041.

⁵⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 223.

⁵⁵ *Idem*, p. 224.

⁵⁶ PÉREZ UREÑA, A.A., «El proceso monitorio para la reclamación dineraria por las comunidades de propietarios», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2002, p. 12.

⁵⁷ El artículo 9.1 h) de la LPH dice: «Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el domicilio en España a efectos de citaciones y notificaciones de toda índole relacionadas con la comunidad. En defecto de esta comunicación se tendrá por domicilio para citaciones y notificaciones el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo. Si intentada una citación o notificación al propietario fuese imposible practicarla en el lugar prevenido en el párrafo anterior, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente en el tablón de anuncios de la comunidad, o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, con el visto bueno del presidente. La notificación practicada de esta forma producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales.»



falta de comunicación de tal domicilio, en el piso o local situado en la comunidad, y si no se consiguiera notificar tampoco haciendo uso de esta segunda posibilidad, entonces la LPH, en el citado artículo, permite la utilización del tablón de anuncios para colocar la comunicación. En este sentido se ha pronunciado la AEPD en su Resolución E/00099/2013, archivando una denuncia de un vecino que consideraba vulnerado su derecho a la protección de datos debido a la publicación en el tablón de anuncios de su condición de moroso, por haber cumplido la comunidad de propietarios todas las garantías establecidas por la ley⁵⁸. Sin embargo, también existen resoluciones de la AEPD que han estimado una vulneración del derecho de protección de datos en esta materia, lógicamente cuando la comunidad de propietarios no sigue los cauces legales establecidos en el artículo 9.1 h) de la LPH. Este es el caso estudiado por la Agencia en la Resolución R/00472/2016, según la cual la comunidad de propietarios no pudo probar que hubiera notificado a la reclamante en el domicilio situado en la comunidad de propietarios, siendo insuficiente no haberla podido localizar en el domicilio que había designado para las notificaciones. Por lo tanto, sancionó a dicha comunidad de propietarios por la exposición de esos datos personales protegidos en una zona de tránsito libre como es el portal del edificio⁵⁹. Asimismo, se encuentra sancionado publicar datos personales en relación con los propietarios, aunque se hayan tratado en asamblea comunitaria, en otros lugares que no sean el tablón de anuncios, tales como ascensores de uso común del edificio⁶⁰.

He aquí algunas evidencias de que existe una problemática subyacente en relación con los derechos examinados. En el ámbito de la propiedad horizontal, los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, propia imagen y protección de datos tienen una especial relevancia, ya que la convivencia en comunidad implica la necesidad de respetar los derechos de los demás propietarios. Es necesario, pues, encontrar un equilibrio entre el derecho a la intimidad y otros derechos convergentes como pueden ser, por ejemplo, el derecho de seguridad o el derecho de propiedad, sin que se produzcan vulneraciones de los mismos. Esta es una cuestión fundamental para garantizar una convivencia armoniosa entre los propietarios y evitar situaciones de conflicto que puedan afectar negativamente a la calidad de vida en la comunidad.

Y ahora que hemos establecido el marco teórico donde se va a centrar la clave de bóveda de este trabajo, el siguiente paso lógico es analizar, concretamente, el impacto que tienen los diferentes dispositivos tecnológicos que permiten la videovigilancia y la captación de imagen en tiempo real, en relación con los derechos de intimidad, propia imagen y protección de datos en las comunidades de propietarios.

⁵⁸ Resolución AEPD E/00099/2013. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/e-00099-2013.pdf> [fecha de última consulta: 27 de marzo de 2023].

⁵⁹ Resolución AEPD R/00472/2016. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/00315-2015.pdf> [fecha de última consulta: 25 de marzo de 2023].

⁶⁰ Resolución AEPD PS/00378/2019. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-ps-00378-2019.pdf> [fecha de última consulta: 25 de marzo de 2023].



III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA VIDEOVIGILANCIA EN EL MARCO DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

1. ASPECTOS GENERALES COMUNES A TODO TIPO DE DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA

Tal y como adelantábamos en la introducción de este trabajo, primero analizaremos las posibles perturbaciones relativas a los citados derechos producidas por el uso de dispositivos de videovigilancia. Esta labor se realizará desde una perspectiva general en el marco de las comunidades en régimen de propiedad horizontal, lo que pasa, obligatoriamente, por examinar con carácter previo el régimen al que están sujetos esos instrumentos de seguridad según la normativa aplicable.

En primer lugar debemos preguntarnos qué se entiende por videovigilancia. Según la doctrina, la videovigilancia es la técnica que permite captar imagen y sonido del entorno a través de dispositivos tecnológicos, aunque la sola captación de sonido no puede ser considerada videovigilancia, y el vídeo sin sonido en cambio sí, por lo que, lógicamente, lo predominante en esta definición es la captación de las imágenes, permitiéndonos, posteriormente, reproducirlos en cualquier momento y creando a su vez un fichero con una serie de datos personales, los cuales son definidos como cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo relacionada con personas físicas identificadas o identificables⁶¹. Y para completar esta definición, recogemos lo establecido en el artículo 4 del Reglamento General de Protección de Datos, que define los datos personales como toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona⁶².

En segundo lugar, y sin entrar todavía a detallar los diferentes tipos de modelos y sistemas de vigilancia que existen al alcance de los administradores de las comunidades de propietarios (a los que se aludirá más adelante), y englobándolos todos en el término *videovigilancia* –en función de la definición citada *ut supra*–, debe indicarse que la LPH nos aclara en su artículo 17.3 que, para el establecimiento de estos

⁶¹ ORTUÑO RODRÍGUEZ, A.E., «Doctrina constitucional en relación con el control mediante cámaras de videovigilancia», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 49, 2019, 236. Recuperado de https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1923/10_ORTUNO_P234_P280_QDL_49.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de última consulta: 30 de abril de 2023].

⁶² REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L.119/1, del 4 de mayo de 2016.



servicios de vigilancia, u otros servicios comunes de interés general, supongan o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, se requerirá el voto favorable de las 3/5 partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de las cuotas de participación. Por lo tanto, a la hora de decidir acerca de la instalación o no de los mencionados dispositivos habrá de convocarse una junta de propietarios, que deberá aprobar su instalación por mayoría de 3/5 partes de propietarios y 3/5 partes de cuotas de participación. No obstante, también existen autores⁶³ que sostienen que no estamos ante un servicio común de interés general, y por lo tanto no debemos aplicar el cuórum cualificado del artículo 17.3, sino que valdría con el establecido por el art. 17.7 para los acuerdos de mera administración, bastando pues la adopción del acuerdo por la mayoría simple.

En cualquier caso, este acuerdo donde se establezca la instalación de un sistema de videovigilancia podrá ser impugnado por los propietarios que no hubieran votado favorablemente a la medida, alegando alguno de los motivos tasados por el art. 18.1 LPH. En este supuesto, parece que se tratará de la causa establecida en la letra a), que permite impugnar los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos de la comunidad de propietarios⁶⁴. Lo expuesto significa que, si consideramos que la medida invade nuestro derecho a la intimidad o propia imagen, invocaremos contra el acuerdo la prohibición de intromisiones ilegítimas establecida en el art. 7 de la LOPH. En cambio, cuando consideremos que el acuerdo provoca una lesión a nuestro derecho de protección de datos, acudiremos a la legislación especial en materia de protección de datos personales (RGPD y la LOPDGDD).

Como estamos ante bienes jurídicos contrapuestos, en los que entran en conflicto derechos constitucionalmente protegidos (seguridad personal y de los bienes de la comunidad, en contraposición de los derechos de intimidad, propia imagen y protección de datos), nos situamos en un escenario que ha de completarse⁶⁵ con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional⁶⁶, que establece una serie de pautas para poder considerar correcta y constitucional cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son:

- *Juicio de idoneidad*. Se trata de determinar si la medida propuesta es capaz de lograr el objetivo previsto.
- *Juicio de necesidad*. Además de ser eficaz, se debe considerar si la medida es necesaria, es decir, si no existen alternativas menos invasivas que puedan lograr el mismo propósito con igual eficacia.
- *Juicio de proporcionalidad en sentido estricto*. Se debe evaluar si la medida es equilibrada, es decir, si los beneficios que se derivan de ella para el interés gene-

⁶³ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 233.

⁶⁴ *Idem*, p. 234.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ De entre tantas SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995/66); STC 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996/55); STC 207/1996 de 16 diciembre (RTC 1996/207); STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000/186).



ral superan los posibles perjuicios o costos asociados a otros bienes o valores en conflicto.

Solo aunando estas tres características se podrá considerar que una medida restrictiva de derecho fundamental, como es la instalación de un sistema de videovigilancia, es, efectivamente, una medida proporcional y, por lo tanto, no susceptible de lesionar derechos fundamentales⁶⁷. Además, dicho sistema de videovigilancia debe respetar la legislación específica en materia de protección de datos; de lo contrario, no podrá ser considerada una medida proporcional en función de los requisitos establecidos por el TC⁶⁸.

Es necesario resaltar que el derecho a la protección de datos, aunque inicialmente surgió como una extensión del derecho a la intimidad, que se originó en el ámbito estrictamente privado y regulado por el Derecho civil, ha adquirido posteriormente autonomía propia al ser incorporado al ámbito del Derecho administrativo. A pesar de que este trabajo se centra en los aspectos relacionados con el ámbito civil, es crucial mencionar algunas de las obligaciones derivadas de esta legislación que las comunidades de propietarios deben respetar.

Someramente, estas exigencias vienen establecidas en el RGPD, y se centran en el deber que tiene la administración de la comunidad de propietarios de informar sobre la instalación de las cámaras (deber también recogido en el art. 22 de la LOPDGDD). Para cumplir con su obligación, la comunidad estará obligada a colocar un cartel anunciando la videovigilancia, en el que, además, se identifique quién es el responsable del tratamiento de los datos personales obtenidos a través de la captación de la imagen, y se informe, a su vez, del derecho de ejercitar los derechos ARCO-POL⁶⁹. Asimismo, y de acuerdo con la Instrucción de la AEPD 1/2006, de 8 de noviembre, existen ciertas limitaciones a tener en cuenta. En concreto, el sistema de videovigilancia instalado en la comunidad no podrá enfocar la vía pública ni tampoco otros espacios colindantes, exceptuando aquellos que sean imprescindibles para la finalidad de la vigilancia (*vrg.* los accesos al inmueble). En todo caso, siempre deberá evitarse cualquier tratamiento de datos innecesario para la finalidad perseguida⁷⁰.

⁶⁷ ORTUÑO RODRÍGUEZ, A.E., *op. cit.*, p. 258.

⁶⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 235.

⁶⁹ Aquellos reconocidos en los arts. 15-21 del Reglamento (UE) 2016/679, esto es: derechos de Acceso, Rectificación y Supresión (cancelación) Oposición, Portabilidad, Olvido y Limitación. Disponible en <https://adefinitivas.com/ademas/los-llamados-derechos-arco-pol-a-cargo-de-daiana-lame-la-scafarelli/> [fecha de última consulta: 30 de abril de 2023].

⁷⁰ Principio de minimización de datos, contenido en el art. 5.1 c) del RGPD y, en materia de videovigilancia, concretamente, en el art. 4.3 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21648> [fecha de última consulta: 30 de abril de 2023].

En cuanto al visionado o control de esas imágenes, la AEPD, en su Informe 0052/2013⁷¹, vino a establecer que la comunidad de propietarios, mediante el referido acuerdo en junta, está legitimada para el tratamiento de datos personales obtenidos a través de la captación de imágenes gracias a las cámaras de videovigilancia, y que, por lo tanto, cualquier otra persona que la comunidad designe para su visionado estará autorizada para tal tratamiento, estando, sin embargo, totalmente prohibido que terceras personas ajenas (tales como otros propietarios) puedan acceder a dichas grabaciones. Tales datos, además, solamente podrán guardarse durante el plazo que marque la ley⁷² (que en este caso concreto es el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves⁷³).

En caso de que el juicio de proporcionalidad determine que la medida de videovigilancia viola el derecho fundamental a la intimidad, propia imagen o protección de datos personales, la persona afectada tendría la opción de solicitar el resarcimiento del daño. El derecho a solicitar el resarcimiento del daño por una lesión en los derechos fundamentales de intimidad y propia imagen no está vinculado en exclusiva a las acciones específicas contempladas en la LOPH, sino que también existirá esta posibilidad cuando se haya presentado una denuncia ante la AEPD o, incluso, cuando la violación de los derechos fundamentales haya iniciado un proceso judicial por las vías específicas establecidas en la LPH. Si se produce la lesión, el derecho a la indemnización existirá independientemente del camino emprendido por la persona afectada⁷⁴.

2. INSTALACIÓN DE DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA BASADOS EN CIRCUITO CERRADO DE TELEVISIÓN (CCTV) A TRAVÉS DEL ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS

Una vez establecido el marco normativo aplicable a los dispositivos de videovigilancia, se abordará la realidad práctica desde dos perspectivas: la primera, referida a la instalación de dispositivos de videovigilancia mediante acuerdo de la junta de

⁷¹ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (2013). Consulta sobre el visionado de cámaras de videovigilancia instaladas por una comunidad de propietarios por parte de un empleado de la misma. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2013-0052.pdf> [fecha de última consulta: 10 de mayo de 2023].

⁷² DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 237.

⁷³ A tenor del artículo 22.3 sobre la conservación de las grabaciones de videovigilancia de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁷⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 232, donde la autora se pronuncia en relación con la posibilidad que tiene el perjudicado por una lesión al derecho fundamental de protección de datos personales de acudir a la vía jurisdiccional civil, es indiferente que el sistema de protección del derecho fundamental se encuentre centralizado en una autoridad independiente de control (un ente de Derecho Público, la AEPD) en relación con el sistema de garantías que ostenta este derecho fundamental, que no finaliza con la actuación de la AEPD, ni tampoco excluye a los tribunales civiles para su tutela.



propietarios, cuyo examen se efectuará en este apartado; y, la segunda, que abordará la instalación y uso de estos dispositivos a iniciativa de los propietarios individuales, materia que se analizará en el siguiente epígrafe.

Un sistema CCTV está compuesto por diversas cámaras de seguridad, ubicadas en sitios estratégicos para captar imágenes en movimiento, a veces incluso sonido, las cuales son enviadas posteriormente a través de un transmisor a un grabador de vídeo o DVR (*Digital Video Recorder*) para facilitar la proyección de la grabación en monitores u otros dispositivos, lo que implica la supervisión y observación de dichas grabaciones una vez realizadas, quedando estas almacenadas⁷⁵. En otras palabras, un CCTV es el típico sistema de videovigilancia que veremos instalado en la gran mayoría de comunidades de propietarios, porque su sencillez y eficacia está ampliamente probada ya que permite observar *a posteriori* las imágenes (quedando estas grabadas en un soporte físico).

Tal y como hemos venido relatando en este trabajo, en el ámbito de la convivencia vecinal existen muchas situaciones que pueden dar lugar a una posible lesión de los derechos anteriormente mencionados. Nos centraremos en este apartado en estudiar qué implica el uso del sistema de videovigilancia con base en circuitos cerrados de televisión, pues, como podrá inferirse, este ha protagonizado algunas disputas judiciales en la jurisdicción civil, las cuales abordaremos para esclarecer si, efectivamente, puede producirse o no una lesión del derecho a la intimidad, propia imagen o protección de datos a través del uso de esta tecnología en el ámbito de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

A pesar de que pueda parecer inusual, después de haber realizado una búsqueda exhaustiva de jurisprudencia relacionada con la materia en diversas bases de datos jurídicas, los resultados alcanzados no son numerosos. Sin embargo, estos resultados serán útiles para extraer una serie de conclusiones importantes para este trabajo (además de evidenciar que este es un tema donde podrán surgir preguntas sin respuesta). Debemos proceder de forma sistemática y por ello se comenzará a analizar las resoluciones de la jurisdicción civil que han desestimado de plano que exista una lesión al derecho de la intimidad o propia imagen, para pasar a analizar los casos relacionados con el tema estudiado de otras jurisdicciones diferentes a la civil, acabando con algunas resoluciones de la AEPD en relación con posibles lesiones del derecho a la protección de datos personales de los comuneros.

En el primer grupo, encontramos resoluciones como la de la SAP de Asturias (sección 7.^a), núm. 631/2008 de 5 diciembre (rec. núm. 322/2008)⁷⁶, que trata sobre cómo un propietario se encuentra en desacuerdo con el acuerdo tomado en junta sobre la instalación de cámaras en circuito cerrado y lo impugna en la jurisdicción

⁷⁵ MADRID PACHECO, W.A. (2020). Diseño de un sistema de seguridad CCTV mediante una red WIFI para el monitoreo y control del edificio de la Gobernación de El Oro. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Máster de telecomunicaciones. Ecuador. Recuperado a partir de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/15697/1/T-UCSG-POS-MTEL-177.pdf> [fecha de última consulta: 10 de mayo de 2023].

⁷⁶ JUR 2009\347549.

civil alegando, justamente, que invade su intimidad y daña su derecho a la propia imagen, resultando la instalación de dichas cámaras una intromisión ilegítima del art. 7.2 de la LOPH. Como esta es una medida restrictiva de derechos fundamentales, el tribunal realiza un juicio de proporcionalidad, considerando finalmente que la instalación del sistema de videovigilancia es totalmente lícita, pues, como explica en la fundamentación jurídica de la sentencia, la comunidad de propietarios siguió los cauces legales establecidos para tomar el acuerdo (respetando el cuórum del art. 17.3 LPH) y, al estar hablando de un régimen de propiedad horizontal tumbada, el tribunal consideró que existían fundadas razones para necesitar protección contra actos lesivos hacia la propiedad y seguridad de los comuneros (robos o acceso de terceros a las viviendas) ya que resulta más sencillo atacar contra estos bienes en viviendas unifamiliares con fácil acceso desde la calle; además, se apreció que estas cámaras no estaban enfocadas, en ningún momento, al interior de las viviendas, solo a zonas comunes. Por todo esto, no se estimó la lesión al derecho de intimidad ni propia imagen del apelante.

De esta misma forma, la SAP de Pontevedra (Sección 6.^a), núm. 102/2011 de 4 febrero (rec. núm. 3286/2009)⁷⁷ desestima un recurso de apelación en el que unos propietarios impugnan un acuerdo tomado en junta de propietarios para la instalación de un sistema de videovigilancia de circuito cerrado que permita vigilar un patio considerado elemento común de la comunidad. Los apelantes se basan en la ilegalidad de dicho acuerdo por considerar que la instalación de estas cámaras vulnera su derecho a la intimidad. El tribunal, después de analizar el objeto del litigio, pondera, a través de un juicio de proporcionalidad, que esta medida restrictiva de derechos fundamentales es completamente idónea, necesaria y proporcional. Los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial repiten el esquema anterior, fundándose nuevamente en motivos de mejoras de la seguridad, tanto de los bienes como de las personas, y recalando que, bajo la interpretación que se realiza desde el Tribunal Supremo⁷⁸ sobre el contenido y la extensión del derecho de la intimidad, el patio comunero no es un lugar donde pueda desplegarse tal derecho. Con respecto al posible mal uso que pudiera dárseles a esas imágenes, alude el tribunal que son casos hipotéticos que no han sido probados, por lo que no pueden tenerse en cuenta, opinión que comparte la mayoría de las decisiones judiciales que vamos a analizar a lo largo de esa sección.

En el segundo grupo nos encontramos algunas resoluciones de la jurisdicción penal, que entran a valorar si las grabaciones aportadas como prueba en el litigio son válidas. El patrón de la anterior resolución, incluso algunos de sus argumentos, se repite de igual forma en el auto núm. 159/2011 de 22 julio de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.^a) (rec. núm. 2104/2011)⁷⁹ y en la SAP de La

⁷⁷ JUR 2011\116319.

⁷⁸ STS (Sala de lo Civil), núm. 1168/2000 de 22 diciembre (rec. núm. 3267/1995) [RJ 2000\10402].

⁷⁹ ARP 2012\102.



Rioja (Sección 1.^a), núm. 257/2010 de 1 octubre (rec. núm. 363/2010)⁸⁰. Ambas resoluciones tratan un problema conexo a la materia estudiada en este trabajo, y en las dos la persona apelante alega la invalidez de unas grabaciones realizadas por un sistema de seguridad de circuito cerrado, instalada por la propia comunidad de propietarios, en los garajes de este condominio. El argumento de estos tribunales converge, sobre todo, en considerar que en el garaje de una comunidad de propietarios no existe una intimidad como tal, ya que es un espacio común para todos los comuneros, comparándolo, señala textualmente la SAP de La Rioja núm. 257/2010 de 1 octubre, con «las escaleras de acceso a viviendas de la comunidad».

Asimismo, la SAP de Lleida (Sección 1.^a) núm. 31/2021 de 3 de febrero (rec. núm. 9/2021)⁸¹, argumenta que la grabación impugnada es completamente válida, pues no existe, bajo su perspectiva y tras aplicar el juicio de proporcionalidad, ninguna lesión al derecho de intimidad del apelante. La razón principal se encuentra en que la grabación contiene imágenes del acceso al edificio que constituye la comunidad de propietarios, acceso calificado por el tribunal como un «espacio en el que no se desarrolla la vida íntima ni afecta al ámbito de privacidad de las personas». Además, toma fuerza, nuevamente, el argumento de la seguridad del edificio, preocupación que lleva a la comunidad de propietarios a instalar el sistema de seguridad, lo que permite, bajo la legislación vigente aplicable (LOPDGDD), que la comunidad de propietarios, para preservar su propia seguridad, de las personas y los bienes, instale mecanismos de captación de imágenes.

No obstante, aunque este patrón se repite en la SAP de Islas Baleares (Sección 2.^a), núm. 98/2012 de 20 abril (rec. núm. 103/2012)⁸², en este caso se produce un curioso choque entre los derechos de intimidad y protección de datos, evidenciando su naturaleza independiente y autónoma. En este supuesto, la apelante había sido condenada en una sentencia anterior y recurría la misma, alegando que las grabaciones practicadas en juicio eran inválidas porque violaban sus derechos de intimidad, propia imagen y protección de datos. En este caso el tribunal se pronuncia solamente sobre el derecho de intimidad, dictaminando que no existió lesión al derecho fundamental a la intimidad de la apelante, al menos no con la intensidad suficiente, pues el presidente de la comunidad testificó que la colocación de la cámara se efectuó por acuerdo de la comunidad –aunque el tribunal no tuvo acceso en ningún momento a ese presunto acuerdo ni tampoco pudo verificar si se hizo respetando los cuórum establecidos en la LPH–. Esta resolución es curiosa, pues presenta diferentes aristas que podrían haber sido decisivas para determinar que sí existió una lesión al derecho de la intimidad de la apelante, pues se presume en todo momento que la instalación de las videocámaras se hizo siguiendo los cauces legales establecidos sin acreditar que así fue. En este caso, nuevamente, se desestimó el recurso de apelación por presumir que se había hecho por el cauce legal correcto (a través de acuerdo de

⁸⁰ JUR 2011\5744.

⁸¹ JUR 2021\148928.

⁸² JUR 2012\167809.

la junta de propietarios) y, además, otra vez, por existir una finalidad de evitación de actos vandálicos en la propia comunidad (motivo de seguridad).

En el último grupo que vamos a analizar se examinan algunas resoluciones de la AEPD en relación con la protección de datos personales. Interesante para nuestro trabajo es la Resolución n.º EXP202204461 de fecha de 5 de mayo de 2023⁸³, que resuelve un procedimiento sancionador, en el que la parte denunciada es una comunidad de propietarios al considerarse que ha infringido varias normas en materia de protección de datos como consecuencia de la difusión, tanto por parte del presidente de la comunidad como de su vicepresidente, de imágenes captadas por las cámaras de seguridad, accediendo al lugar donde se encontraban los monitores y al que solo ellos tenían el acceso autorizado. En ese caso, la AEPD aprecia una violación del derecho a la protección de datos de la reclamante y sanciona a la comunidad de propietarios con una multa de 2000 euros.

En el otro extremo, también existen resoluciones que no admiten lesión del derecho de protección de datos, como ocurre con la resolución n.º EXP202204362⁸⁴ de fecha del 3 de mayo de 2023, donde se observa el mismo patrón encontrado en las decisiones judiciales previamente examinadas. En este caso tenemos a una comunidad de propietarios denunciada por la reclamante por vulnerar su derecho a la intimidad personal y familiar por la instalación de un sistema de vigilancia con enfoque hacia la puerta de entrada de su casa, azotea y ventanas. La AEPD, con buen criterio, no entra a analizar si existe o no vulneración de la intimidad a través de la legislación civil, pues es un órgano de control administrativo relacionado con la salvaguarda de los datos personales; por lo tanto, acude al art. 5.1 c) del RGPD para examinar si los datos personales tratados por la comunidad de propietarios son adecuados en relación con los fines del tratamiento (lo que se conoce como «minimización de datos»). En este caso considera que sí, puesto que, en primer lugar, han sucedido actos vandálicos que justifican la instalación de dicho sistema de vigilancia y, en segundo lugar, la comunidad de vecinos ha cumplido con el deber de información en relación con el art. 22 de la LOPDGDD.

Lo que podemos concluir del análisis es que la doctrina judicial se decanta por la protección de la seguridad de la propiedad y otros derechos en conflicto antes que por el derecho a la intimidad y propia imagen, siempre y cuando se cumplan tres requisitos generales: el primero es que haya sido la comunidad de propietarios, en junta y respetando el cuórum, la que haya decidido la instalación del sistema de videovigilancia; el segundo es que las cámaras enfoquen a zonas comunes, por considerarse, de forma generalizada, que esos espacios son lugares no aptos para que el derecho de intimidad o propia imagen desplieguen eficacia; y, el último requisito, pero el que se sitúa como el más importante de todos, es que se esgriman motivos

⁸³ Resolución EXP202204461. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00379-2022.pdf> [fecha de última consulta: 10 de mayo de 2023].

⁸⁴ Resolución EXP202204362. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00391-2022.pdf> [fecha de última consulta: 10 de mayo de 2023].



de seguridad o temores de repetición de sucesos vandálicos contra las personas o los bienes, como justificación de la instalación de las cámaras.

Por otra parte, y desde una perspectiva de la protección de datos personales, se han consultado las resoluciones más recientes de la AEPD que tienen alguna implicación con la intimidad y la protección de datos en las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, y se ha encontrado que, al contrario de lo que sucede en los tribunales, la vía administrativa sí encuentra muchas veces infracciones en materia de protección de datos, afirmando la existencia de la lesión a ese derecho.

3. INSTALACIÓN Y USO DE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA POR PARTE DE PROPIETARIOS SINGULARES EN COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

Una cuestión bien diferente es la que se plantea cuando son los propietarios, *motu proprio*, los que instalan sistemas de videovigilancia en la comunidad, ya que en este supuesto no media un acuerdo expreso de la junta de propietarios que dé sostén legal a tal decisión. Además, gracias a las nuevas tecnologías, con frecuencia los propietarios sustituyen sus mirillas tradicionales por mirillas digitales, que permiten la grabación de la imagen en tiempo real, tanto del rellano de la entrada, incluso del corredor común, como del rellano de la entrada de la vivienda fronteriza, dependiendo de la disposición del edificio. Esto conlleva que, con cierta asiduidad, nos encontremos a propietarios singulares instalando sistemas de videovigilancia sin contar con el permiso de la junta de propietarios, haciendo surgir así un posible conflicto entre su derecho a la propiedad privada y de asegurar su integridad y sus bienes, y el derecho a la intimidad, propia imagen y protección de datos personales del vecino contiguo. Esta, como se desgranará en este apartado del trabajo, es una problemática que no tiene una solución pacífica, habiendo pronunciamientos en los tribunales civiles que consideran estos actos una intrusión al derecho de intimidad y propia imagen, y existiendo, en contraposición, muchos pronunciamientos de la AEPD desestimatorios de las denuncias en materia de protección de datos personales por considerar que no existe tratamiento de datos personales.

Para empezar con el análisis, parece conveniente plantear el contraste existente entre la continua negativa de lesión del derecho a la intimidad en el caso de instalación de cámaras de videovigilancia por parte de la comunidad de propietarios, con su correspondiente acuerdo en junta, y algunas resoluciones que sí aprecian lesión a este derecho cuando el que instala el sistema de videovigilancia es un propietario singular. En esta línea se pronunció la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), núm. 469/2004 de 22 noviembre (rec. núm. 296/2004)⁸⁵, en respuesta a un recurso de apelación interpuesto por el propietario que sentía que se estaba vulnerando su derecho a la intimidad. Sus vecinos de enfrente habían instalado una cámara de vigilancia en el pasillo de acceso a la vivienda del actor, por motivos de

⁸⁵ AC 2004\2087.

seguridad. Quedó constatado que esa cámara permitía grabar y captar movimientos o instantes de la vida privada de sus vecinos, pudiendo controlar las entradas y salidas de cuantas personas accedían al domicilio de enfrente. El tribunal ponderó los bienes jurídicos contrapuestos (el derecho de asegurar la integridad física y material del demandado y el derecho a la intimidad del demandante) y consideró que grabar el pasillo de acceso a las viviendas de forma unilateral era una clara intromisión en la vida personal y familiar, por permitir «grabar y captar momentos o instantes de la vida privada de éstos, controlar la entrada y salida de cuantas personas accedan al domicilio de los demandantes», aplicando el art. 7.1 y 7.2 de la LOPH.

Resulta llamativo que en esta sentencia sí se considere un elemento común de la comunidad de propietarios como un lugar donde puede desplegar eficacia el derecho a la intimidad. Como pudimos comprobar anteriormente, cuando comentábamos las decisiones judiciales en relación con grabaciones realizadas por sistemas de videovigilancia de la propia comunidad de propietarios, en todo momento se utilizaba como argumento en contra de la apreciación de lesiones al derecho de intimidad el que las zonas comunes donde se enfocaban no eran lugares idóneos para realizar actos de la esfera privada.

En este mismo sentido también se pronunció la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), núm. 52/2023 de 14 febrero (rec. núm. 563/2021)⁸⁶; si bien en este caso se declaró nulidad de actuaciones por falta de concurrencia del Ministerio Fiscal en primera instancia al ser un litigio en el que se encontraba en juego la tutela de derechos fundamentales, sí se reconoció que se había ocasionado una lesión al derecho a la intimidad del propietario que había sido grabado y videovigilado en el acceso de su cuarto trastero. El juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Icod de los Vinos, en sentencia de fecha de 9 de junio de 2021⁸⁷, determinó que existía un intromisión ilegítima en la intimidad del actor, pues el dispositivo de grabación estaba enfocado hacia áreas de su domicilio particular, en una zona común de la comunidad de propietarios (acceso al trastero), considerando que la naturaleza de elemento común no desvirtuaba la vulneración al derecho de la intimidad denunciado, por no haber contado con el consentimiento del afectado.

En la misma línea también mencionaremos la SAP de Pontevedra (Sección 6.^a), núm. 505/2017 de 6 de noviembre (rec. núm. 530/2017)⁸⁸ que, aunque no trata de un caso en el marco de las comunidades de propietarios, sí que resulta de interés resaltar los argumentos que se esgrimen para determinar que estamos ante una intromisión ilegítima. En este caso se trata de dos fincas vecinas, y el dueño de una de ellas considera que existe un peligro del que quiere resguardarse colocando cámaras de videovigilancia para poder grabar el camino que lleva a la vivienda de ambas partes. La sentencia de primera instancia considera que «la grabación de las entradas y salidas del domicilio colindante, afectan, aun cuando solo fuera tangen-

⁸⁶ JUR 2023\140708.

⁸⁷ Autos de Juicio Ordinario 335/2018.

⁸⁸ AC 2017\1473.



cialmente, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor y suponen un control y vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo». Finalmente, el recurso de apelación resuelve a favor de eliminar la videovigilancia, por no ser suficientes, en este caso, los motivos de seguridad alegados por la otra parte. En otras palabras, se considera que las entradas y salidas de la vivienda deben estar protegidas por pertenecer estas a la esfera privada de la persona, constituyendo el *núcleo duro* del derecho a la intimidad y propia imagen. Esto no solo entra en contradicción con las bases que se habían asentado sobre los límites del derecho a la intimidad cuando la comunidad de propietarios instalaba el sistema de vigilancia por razones de seguridad, sino que, como vamos a ver ahora, al pasar a examinar las decisiones dictadas en la jurisdicción penal, ya no se opina igual ni sobre los elementos comunes ni tampoco sobre que las entradas y salidas de la vivienda deban estar protegidas por el derecho a la intimidad.

Así, en el orden penal se pronuncia la SAP de Madrid (Sección 15.ª) núm. 502/2019 de 29 julio (rec. núm. 1070/2019)⁸⁹, en relación con unas grabaciones aportadas a un juicio anterior, obtenidas de una mirilla digital instalada por uno de los vecinos en una comunidad en régimen de propiedad horizontal. La persona acusada por el hecho delictivo considera que se ha vulnerado su derecho a la intimidad por haber sido grabada a través de una mirilla digital, y quiere anular esa prueba practicada en juicio. El tribunal *ad quem* considera que al haber sido las imágenes tomadas «en un lugar de uso público, no puede considerarse invadida la esfera íntima de quienes transiten por ese lugar», y sobre todo tiene en cuenta que se colocaron esas cámaras por haber estado sufriendo diversos altercados en relación con actos vandálicos en las cerraduras, que es el epicentro del litigio. Además, indica que este tipo de dispositivos se encuentran cubiertos por la legalidad a través del art. 22 de la LOPDGGDD, pero lo cierto es que en el caso no se analizó en ningún momento si existía tal cobertura, esto es, si la persona que había instalado la mirilla había respetado la normativa de protección de datos.

En la misma línea encontramos la SAP de A Coruña (Sección 1.ª), núm. 379/2022 de 28 septiembre (rec. núm. 887/2022)⁹⁰, en la que el condenado trata de que se considere nula una prueba derivada de una grabación realizada a través de mirillas digitales. En esta sentencia ocurre algo curioso, y es que se copia literalmente la resolución anteriormente citada, sin mencionar que es el pronunciamiento de otro tribunal.

Y este tema resulta aún más complejo al analizar algunas resoluciones de la AEPD en relación con la instalación de mirillas digitales por parte de propietarios singulares en comunidades de vecinos. De entre las más recientes se puede mencionar, por ejemplo, la resolución n.º EXP202204806⁹¹, de fecha del 21 de junio de 2022,

⁸⁹ JUR 2019\281800.

⁹⁰ JUR 2022\343377.

⁹¹ Resolución de la AEPD, n.º EXP202204806. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/ai-00173-2022.pdf> [fecha de última consulta: 11 de mayo de 2023].

donde se resuelve archivar las actuaciones por no considerar que exista infracción en materia de protección de datos. Nos encontramos que la AEPD resuelve, superficialmente, que las zonas comunes, como son los rellanos de las viviendas, no son lugares destinados a la intimidad (ni siquiera de niños) y para justificar esta declaración cita jurisprudencia menor del orden penal –y no civil, lo que sería más comprensible, tratándose de esta materia– sobre la validez de las grabaciones realizadas en zonas comunes para sustentar prueba de cargo. Finalmente, cambia de enfoque y se concentra en el asunto sobre el que realmente tiene competencia y considera que no existe tratamiento de datos, por tratarse de una mirilla que haría las veces de mirilla tradicional, a pesar de que sí que se producen grabaciones por parte del propietario de la mirilla digital y, por tanto, sí hay tratamiento de datos (la sola imagen grabada o fotografiada se considera dato personal)⁹², siendo de aplicación la legislación en materia de protección de datos (art. 22 de la LOPDGDD).

En otra resolución, concretamente, la n.º E/08332/2021 de fecha de 31 de agosto de 2021⁹³, tenemos un caso de similares características, relativa a la instalación de una mirilla digital que enfoca al rellano del vecino de enfrente, permitiendo incluso la visión nocturna de todos los movimientos del reclamante, además de ser un modelo capaz de sacar fotografías si se toca el timbre de la casa del denunciado. La Agencia en esta ocasión vuelve a reiterar que no hay afectación a la intimidad, aunque sean extremos sobre los que carece de competencia, argumentando que las grabaciones son tomadas en una zona de tránsito, donde no se desarrolla la privacidad, siendo esto solo posible en el interior de las viviendas (recuérdese que, como ya hemos visto en los tribunales civiles, en un caso similar sí se considera vulnerado el derecho a la intimidad), y se cita jurisprudencia menor de un juzgado de lo penal, en relación con la validez de unas grabaciones utilizadas en juicio como prueba de cargo, pudiendo haber optado en cambio por citar jurisprudencia del ámbito civil que sí daba la razón al reclamante. Finalmente, cierra el expediente con una resolución de archivo de las actuaciones, por considerar que la mirilla digital no se encuentra permanentemente grabando y que hace las veces de mirilla tradicional y que, por lo tanto, no hay infracción en materia de protección de datos; si bien se dan recomendaciones y se efectúan una serie de advertencias al reclamado, indicándole que debe desactivar el modo «grabación» cuando no se encuentre en casa, para que así el uso del dispositivo se ajuste a lo que denominan «los propios de este tipo de dispositivos». También declara que el criterio de la Agencia es que, si no existe una prueba objetiva de que se ha realizado un uso desproporcionado con el dispositivo en cues-

⁹² ESCRIBANO TORTAJADA, P., «Drones y derecho a la intimidad y la propia imagen: estado de la cuestión y problemas que se plantea en la actualidad», en AA.VV. (GUERRERO LEBRÓN, M.J. y PEINADO GRACIA, J.I. dir.), *El derecho aéreo entre lo público y lo privado: aeropuertos, acceso al mercado, drones y responsabilidad*, 1.ª edición, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2017, 247. Recuperado a partir de https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/6302/10_Escribano.pdf [fecha de última consulta: 11 de mayo de 2023].

⁹³ Resolución de la AEPD, n.º E/08332/2021. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/e-08332-2021.pdf> [fecha de última consulta: 11 de mayo de 2023].



ción, se considerará que el mismo es acorde a la finalidad concedida (ver quién toca a la puerta), no pudiendo ordenar la retirada del mismo. Es decir, prevalece el principio de presunción de inocencia del denunciado.

La resolución de la AEPD recién citada nos hace preguntarnos si no existe una vulneración en la intimidad del vecino que se encuentre enfrente de la cámara las 24 horas del día, aunque sea una zona de tránsito (un corredor, elemento común del edificio). Esa persona abrirá la puerta de su casa y quedará grabado su interior, dependiendo de cómo sea la distribución física de las viviendas, lo que incluso podría suponer una lesión del derecho de la inviolabilidad del domicilio. Y con intención de profundizar en esta idea, podemos comentar la sentencia del TS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm 329/2016 de 20 abril (rec. núm. 1789/2015)⁹⁴, en la que el Tribunal Supremo apreció la lesión al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio de la parte recurrente quien había sido condenado como autor de un delito contra la salud pública, gracias a las pruebas aportadas por la policía, quienes habían observado al condenado a través de las ventanas de su hogar mediante unos prismáticos. La citada sentencia aduce que el derecho consagrado en el art. 18.2 CE protege «tanto frente la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes». Realizando un ejercicio de comparación de ambas situaciones, el que escribe este trabajo ve factible, jurídicamente hablando, que la grabación in consentida de lo que se deje ver al abrir la puerta de nuestro domicilio pudiera ser considerado, efectivamente, como un acto lesivo contra este derecho fundamental.

Lo que es evidente es que no hay un criterio unificado que podamos emplear para garantizar la protección de la intimidad y la propia imagen de los propietarios que no otorguen su consentimiento para las grabaciones realizadas por estos sistemas de vigilancias instalados por otros propietarios, sin la autorización de la junta de propietarios.

⁹⁴ RJ 2016/1691.



IV. NUEVAS FORMAS DE VIDEOVIGILANCIA QUE PODRÍAN SUPONER UNA PERTURBACIÓN PARA LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL CONTEXTO DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

1. TRASCENDENCIA JURÍDICA DEL INTERNET DE LAS COSAS: UN DESAFÍO A TENER EN CUENTA

Para cerrar este trabajo, pero antes de entrar a analizar los diferentes sistemas de videovigilancia que pueden suponer una perturbación para los derechos centrales de este estudio, debemos analizar la trascendencia jurídica que tiene la tecnología IoT y que a día de hoy se ha convertido en el epicentro de los avances tecnológicos, acercándonos cada vez más a las llamadas *smart cities*⁹⁵. El IoT es una tecnología que permite a los objetos inanimados interactuar entre sí y con el ser humano, creando un entorno interconectado, monitorizando nuestros deseos y consiguiendo que nuestra vida sea mucho más cómoda y accesible. Un ejemplo de esta tecnología se puede encontrar en los famosos *smartwatches* (relojes con funciones táctiles y conexión a Internet), *smartTVs* (televisiones conectadas a Internet), frigoríficos inteligentes que cuentan con micrófono para hacerlas funcionar con la voz, lavadoras que pueden ser puestas en marcha a través de una *app* del móvil..., pero sobre todo nos interesan las cámaras de vídeo, esas que pueden ser controladas a través de la pantalla del móvil y que se conectan a Internet para trasladar lo que graban a la nube⁹⁶.

Los peligros que esta tecnología supone para la intimidad, la propia imagen y la protección de datos ya han sido advertido por diversos autores (tanto a nivel internacional⁹⁷ como a nivel nacional⁹⁸), por ello es necesario abordar estos aspectos para relacionarlos con el tema del trabajo y su relevancia en el ámbito de estudio. En el entorno contemporáneo, una cámara no puede considerarse simplemente como un dispositivo que graba imágenes que se almacenan en un disco duro; al contrario,

⁹⁵ CALZADA, I., «The Right to Have Digital Rights in Smart Cities», en *Sustainability*, núm. 13, 2021, 5. Recuperado de <https://doi.org/10.3390/su132011438> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

⁹⁶ GONZÁLEZ PORRAS, A.J. (2015), *Privacidad en Internet: los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en Internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*. Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo. p. 342. Recuperado a partir de <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10092/TESIS%20Gonz%c3%a1lez%20Porras.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

⁹⁷ PEPPET, S.R., «Regulating the Internet of Things. First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security, and Consent», 93, *Texas Law Review*, núm. 85, 2014. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr93&div=5&id=&page=> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

⁹⁸ Telefónica (2015). Telefónica Security IoT: Desafíos de la Seguridad en el Internet de las cosas. Recuperado de https://www.telefonica.com/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/03/Telef-25C325B3nica_Security_IoT_Spanish.pdf [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].



ahora una cámara que graba imágenes está interconectada con diferentes servidores *online* y puede ser manejada a través de aplicaciones móviles en diferentes terminales. Esta interconexión ha demostrado ser vulnerable a ataques externos, dado que los dispositivos con capacidad limitada de almacenamiento y procesamiento, como neveras, mirillas digitales, cámaras de videovigilancia, televisores, drones..., no permiten la instalación de sistemas de seguridad o cortafuegos⁹⁹.

Por ejemplo, podemos mencionar algunos casos donde la tecnología IoT se ha visto vulnerada por j áquers, como los comunicados por empresas como Fiat Chrysler Automobiles, que llamó a revisión en el año 2015 a más de 7000 vehículos para actualizar con urgencia el *software* de sus radios, para evitar posibles ataques de piratas informáticos¹⁰⁰. Otro ejemplo es el caso de los ositos de peluche de la firma Fisher Price (matriz de Mattel), que fueron vulnerados por j áquers, lo que permitió el acceso ilegítimo a datos personales de millones de niños¹⁰¹.

Estos datos, junto con el hecho constatado por el estudio «Things Matter 2019», que revela que casi un 90% de los usuarios se declaran fieles a la tecnología IoT y que la intención de adquirir y utilizar dispositivos o soluciones IoT está en aumento¹⁰², llevan a pensar que esta tecnología, en conjugación con los sistemas de videovigilancia, pudiera ser clave para la vulneración de los derechos a la intimidad, propia imagen o protección de datos personales, por lo que los juzgados y tribunales, además de las autoridades de control encargadas de la tutela de estos derechos, deberían tenerlo en cuenta a la hora de analizar una posible vulneración de derechos.

2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INSTALACIÓN Y USOS DE NUEVOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA

Con la intención de identificar posibles problemas jurídicos a futuro, se propone examinar a continuación diversos dispositivos tecnológicos, excluyendo las ya abordadas mirillas digitales, que podrían incluirse en los sistemas de videovigilancia modernos. Estos dispositivos, que ya tienen utilidad práctica en comunidades de propietarios o que podrían ser implementados en un futuro cercano, sin duda podrían generar perturbaciones en los derechos a la intimidad, imagen personal y protección de datos personales de los comuneros.

⁹⁹ GONZÁLEZ PORRAS, A.J., *op. cit.*, p. 343.

¹⁰⁰ Según los investigadores de la compañía, era posible acceder al control del vehículo y apagar el motor de forma remota mientras aún estaba circulando.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ, J.G. (2016), «¿Es seguro el Internet de las Cosas?». Disponible en Expansión, <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2016/02/05/56b4e55622601de9508b463d.html> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

¹⁰² Telefónica (2019). Telefónica presenta su segundo estudio sobre IoT en el que se constata un aumento de su uso en un 66% en dos años. Recuperado de <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/telefonica-presenta-su-segundo-estudio-sobre-iot-en-el-que-se-constata-un-aumento-de-su-uso-en-un-66-en-dos-anos/> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

2.1. *Videoporteros*

Quizás ya no se consideren tan modernos, pero hace apenas unos años formaban parte del ideario colectivo de la ciencia ficción; estamos hablando de los videoporteros. Estos dispositivos electrónicos actúan de forma autónoma para administrar las llamadas que se realizan en la entrada de una vivienda, regulando la entrada al edificio a través de la comunicación audiovisual entre el interior y el exterior por medio de una cámara que capta el exterior y una pantalla que traslada esa imagen al interior de la casa. La principal función del videoportero es permitir que la persona dentro de la casa pueda reconocer al visitante y abrirle la puerta de su vivienda o, por el contrario, mantener una conversación con el visitante a través del micrófono. Algunos videoporteros son más modernos que otros: por ejemplo, los hay que actúan como una simple ventana al exterior, sin grabar imágenes, y otros no solo graban lo que ocurre por fuera de la vivienda, como una cámara convencional, sino que también poseen sensores que captan el movimiento cercano, tecnología que permite el reconocimiento facial o acceso a Internet¹⁰³.

Estos dispositivos han protagonizado disputas judiciales en el ámbito de la intimidad y propia imagen dentro de las comunidades de propietarios, y, a modo de ejemplo, podemos mencionar la SAP de A Coruña (Sección 5.ª) núm. 105/2009 de 25 marzo (rec. núm. 405/2008)¹⁰⁴, cuya sentencia abordó este tema pionero en respuesta a la impugnación por parte de unos propietarios de un acuerdo de la junta que autorizaba la instalación en el portal de un sistema de videovigilancia, centralizado en un videoportero destinado a controlar el acceso al edificio. Se argumentó en el litigio, por parte de los apelantes, que dicho videoportero provocaba una clara vulneración del derecho de intimidad de los propietarios de los pisos de ese edificio, pues consideraban que el portal de un edificio «ya entra dentro del ámbito de la privacidad de una persona, porque no es un lugar público, sino que en él solo entran un número acotado de personas que se reduce a los habitantes del referido inmueble». En síntesis, los propietarios argumentan que en el portal del edificio podían ocurrir situaciones íntimas, como muestra de afecto entre parejas, y que controlar las entradas y salidas de visitantes y familiares (incluso de posibles amantes) implicaba la recopilación de datos privados de cada individuo.

No obstante, aunque podemos compartir la preocupación que tenían estos propietarios, ya que es cierto todo lo que alegaban, el tribunal ponderó el derecho a la intimidad y lo situó un escalón por debajo del derecho a la seguridad y propiedad de los bienes y personas del edificio, pues la comunidad de propietarios demandada probó que existían serias sospechas de que en uno de los pisos del edificio se practicaba la prostitución y que habían sucedido daños materiales reiterados. Todo

¹⁰³ Resolución de recurso de reposición de la AEPD. Procedimiento n.º E/07914/2020. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-e-07914-2020.pdf> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

¹⁰⁴ AC 2009\1146.



ello contribuyó a que se considerara que la medida era justa, necesaria y proporcionada, para favorecer a la seguridad del inmueble y de los vecinos. Y sí, puede que el videoportero captara imágenes que pertenecían a la privacidad de las personas; sin embargo, aclara el tribunal que aunque el derecho a la intimidad proyecta una protección completa a la esfera íntima de una persona, este derecho no es ilimitado, y puede sufrir ciertas restricciones, siempre basadas en motivos de interés público o general.

Es importante para nosotros, y por ello hay que destacarlo, que en esta resolución se hace hincapié en que, a pesar de que el art. 7.5 de la LOPH considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, film o cualquier otro procedimiento, en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, el propio art. 7.5 se cuida de realizar excepciones, incluidas en el art. 8.2 de la citada ley. Dice el tribunal que este art. 8.2 tiene enumeradas una serie de excepciones que además se consideran *numerus apertus*, sin poder considerarse, por tanto, una relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso. Y para la sala, una de esas excepciones es que las grabaciones se realicen en un lugar como el portal de un edificio, considerado como un elemento común en la comunidad de propietarios y, por lo tanto, un lugar que, en palabras del tribunal, «no está llamado a servir para el desarrollo de la intimidad, entendida como privacidad», no pudiendo, por lo tanto, ser invadida por la colocación de cámaras o un videoportero.

En el ámbito de la protección de datos también existen resoluciones que abordan problemas derivados de la instalación de videoporteros. No obstante, la AEPD tiene excluida la aplicación de la normativa de protección de datos personales a los videoporteros convencionales —aquellos que no graban imágenes—, por considerar que estos actúan como una simple ventana y por lo cual no hay que realizar ningún tratamiento de datos¹⁰⁵. No se presenta la misma situación con videoporteros más modernos, los cuales incluso disponen de conexión a Internet. Es lo que ocurrió en el caso abordado en la Resolución E/07914/2020, de fecha de 26 de noviembre de 2020¹⁰⁶, donde se analiza la instalación de un videoportero que permitía la grabación de la imagen, pudiendo detectar el movimiento cercano y que contaba con conexión a Internet las 24 horas, sin haber cumplimentado la normativa de protección de datos (recordemos: minimización de los datos, obligación de informar de la videovigilancia, identificación de los responsables del tratamiento para ejercitar los derechos ARCOPOL y limitación del acceso a los ficheros donde se guarden los datos tratados). En este caso, se consideró que hubo infracción en materia de protección de datos y, además, se ratificó la sanción por la lesión al derecho de protección de datos personales.

¹⁰⁵ Agencia Española de Protección de Datos. (2019). Guía de videovigilancia y protección de datos personales. Recuperado de <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-videovigilancia.pdf> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

¹⁰⁶ Resolución E/07914/2020. Recuperada de <https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-e-07914-2020.pdf> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

2.2. Drones

Ya hemos visto que la problemática de la videovigilancia en comunidades de propietarios y sus soluciones se repiten cuando hablamos de la instalación de videoporteros y mirillas digitales; pero ¿qué pasará cuando la tecnología de los drones llegue al ámbito doméstico y comunitario para facilitar las tareas de control y vigilancia? Lo cierto es que ya existe normativa europea que intenta regular la aviación de estas naves no tripuladas teledirigidas¹⁰⁷, ya que pueden suponer una invasión a la intimidad y privacidad de las personas por estar equipadas con una tecnología muy avanzada, que permite no solo la captación de imágenes y sonido, sino que también cuentan con conexión a Internet, cámaras de infrarrojos y sensores térmicos¹⁰⁸. En esta línea, se ha iniciado la investigación sobre el posible impacto que pudiera tener este tipo de tecnología en el ámbito personal de los particulares. Así, el Dictamen del ya extinto Grupo de Trabajo del Artículo 29, «Opinion 01/2015 on Privacy and Data Protection Issues relating to the Utilisation of Drones», de 16 de junio de 2015, aclaró que, dado que no existe una legislación específica sobre la materia, se entiende aplicable a la problemática de invasión de la intimidad, propia imagen o datos personales causada por drones la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (derogada por el actual RGPD) y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)¹⁰⁹.

A nivel estatal, como ya hemos visto, si hablamos de intimidad y propia imagen, contamos tan solo con una ley orgánica que data de hace más de 30 años y que ha quedado algo obsoleta; recordemos que el artículo 7 LOPH enuncia las intromisiones ilegítimas, y el artículo 8 LOPH proporciona una lista no exhaustiva de excepciones a esas intromisiones ilegítimas. En materia de protección de datos nos encontramos mucho mejor protegidos ante estos hipotéticos ataques, pues incluso la AEPD ha elaborado diferentes guías relacionadas directamente con el tema en cuestión¹¹⁰. Asimismo ha realizado un informe jurídico sobre las implicaciones que tiene el hecho de operar con drones sobre la protección de datos personales¹¹¹.

¹⁰⁷ Véase el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 consolidado que incluye los cambios del Reglamento de Ejecución (UE) 2020/639, Reglamento de Ejecución (UE) 2020/746, Reglamento de Ejecución 2021/1166 y Reglamento de Ejecución (UE) 2022/425. También el Reglamento Delegado (UE) 2019/945 consolidado que incluye los cambios del Reglamento Delegado (UE) 2020/1058.

¹⁰⁸ ESCRIBANO TORTAJADA, P., *op. cit.*, p. 244.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 249.

¹¹⁰ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). (2018). Guía de drones y protección de datos. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/guia-drones.pdf> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

¹¹¹ Informe jurídico de la AEPD (2019). Recuperado de <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/informe-juridico-rgpd-drones.pdf> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].



Existe un extenso trayecto por delante antes de que las comunidades de propietarios adopten de manera generalizada la videovigilancia mediante drones, pero es importante, teniendo en cuenta lo rápido que avanza tanto la tecnología como las malas prácticas, que se aborde cuanto antes este tipo de problemáticas y se encuentre una posible solución que pueda satisfacer a los propietarios que resulten lesionados. Mientras tanto, podemos afirmar que, en caso de que una hipotética comunidad de propietarios quisiera implementar esta tecnología de videovigilancia, deberá seguir las mismas pautas marcadas hasta el momento, es decir: lograr formalizar en un acuerdo en junta de propietarios tal intención (con las mayorías que explicita la LPH), abstenerse de enfocar el interior de las viviendas y fundamentar la medida en razones de seguridad para las personas y bienes de la comunidad, además de asegurarse de cumplir con la normativa vigente en materia de protección de datos personales.

2.3. Cámaras termográficas

A pesar de haberse mencionado brevemente, dado que es una de las funciones incorporadas de algunos drones, es relevante destacar que también hay sistemas de videovigilancia que se basan en el uso de cámaras térmicas. Estas cámaras son capaces de captar el calor corporal de nuestro cuerpo, creando una imagen con radiación infrarroja. A través de la termografía, se recopilan y analizan los datos obtenidos. Estas cámaras pueden ser inteligentes y estar dotadas de tecnología IoT, por lo que además obtienen otras funciones prácticas para el control y vigilancia¹¹². La crisis sanitaria derivada de la pandemia de covid-19 generó un uso extendido de cámaras de videovigilancia para monitorear la temperatura de las personas, con el fin de detectar posibles síntomas de fiebre. Esta práctica provocó diversos pronunciamientos por parte de la AEPD en el ámbito de la protección de datos¹¹³.

Considerando el potencial invasivo de estos sistemas, sus implicaciones para la intimidad y la imagen personal en el ámbito de las comunidades de propietarios son significativas. Para abordar esta cuestión, se han estudiado los posibles conflictos derivados del uso de cámaras térmicas en otros países. Entre los resultados encontrados, se destaca el caso de *Kyllo vs United States*¹¹⁴ como ejemplo relevante, donde un joven fue arrestado por la policía por cultivar marihuana en su casa. Gracias a la tecnología de las cámaras térmicas, la policía enfocó a su vivienda, sin una orden judicial, y descubrió el nivel de radiación de calor que provenía del interior. En una

¹¹² UIC Covid-19 Task Force. «Cámaras termográficas y covid-19: una guía práctica para su uso en el transporte público». International Union of Railways (UIC). París, 2020. Recuperado de https://uic.org/IMG/pdf/uic_covid_taskforce_thermal_cameras_espanol.pdf [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

¹¹³ Por citar una de tantas, la resolución E/03884/2020 de la Agencia Española de Protección de Datos. Recuperado de <https://www.aepd.es/documento/e-03884-2020.pdf> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

¹¹⁴ *Kyllo v. United States*: 533 U.S. 27 (2001)



primera instancia, se condenó a Kyllo a 5 años de prisión; este apeló a Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*) y perdió¹¹⁵. Siguió apelando hasta que el Tribunal Supremo de los EE. UU. falló a su favor y sostuvo que el ciudadano estadounidense había tenido una expectativa razonable de intimidad en el interior de su hogar, por lo que apuntar con un dispositivo de este tipo a una casa privada constituiría un registro policial en virtud de la Cuarta Enmienda, estableciendo que, para utilizar las cámaras termográficas de esta manera, se requería la orden de un juez¹¹⁶.

Esto sugiere que, en caso de que una comunidad de propietarios, por algún motivo de seguridad, deseara instalar un sistema de videovigilancia con cámaras térmicas, debería justificar dicha decisión en función de una necesidad razonable que pueda respaldar el peso de tal medida. Asimismo, debería seguir el cauce legal establecido por la LPH para la instalación de dicho sistema, lo que requeriría una mayoría de 3/5 de los propietarios que representen, a su vez, la mayoría de 3/5 de las cuotas de participación.

En este contexto, no está claro si las cámaras térmicas, al igual que las convencionales, pueden dirigirse hacia elementos comunes como puertas de entrada a viviendas o, por el contrario, esto podría considerarse ya una extralimitación insostenible para la intimidad de los propietarios. La otra cuestión controvertida es si estas cámaras, al captar directamente a las personas, pueden analizar el nivel de radiación de calor que emana de sus cuerpos. Como se mencionó anteriormente, durante la pandemia de la covid-19 se utilizaron de manera un tanto indiscriminada en lugares donde podían existir aglomeraciones, como estaciones de ferrocarril, para realizar un control de las entradas y salidas de las personas. Sin embargo, investigaciones recientes¹¹⁷ han revelado que estas cámaras pueden monitorear datos tan íntimos como el deseo sexual en hombres y mujeres, al registrar el aumento de temperatura corporal en sus genitales, visible a través de la lente termográfica. Por lo tanto, es razonable determinar que esta tecnología, en el contexto de las comunidades de propietarios, podría implicar una seria invasión de la esfera más íntima de las personas que acceden o abandonan el edificio.

¹¹⁵ CAMPISI, J.P., «The Fourth Amendment and New Technologies: The Constitutionality of Thermal Imaging», en *Villanova University Charles Widger School of Law Digital Repository*, núm. 46, 2001, 251 Recuperado de <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3109&context=vlr> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].

¹¹⁶ NIEVES SALDAÑA, M., «El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 288 (pp. 279-312). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3883001.pdf> [fecha de última consulta: 18 de mayo de 2023].

¹¹⁷ SALAZAR LÓPEZ, E. (2012). *Aplicación de la termografía a la psicología básica*. Universidad de Granada. Recuperado a partir de https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/34929/SalazarLopez_Termografia_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023].



V. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA AEPD PS-00060/2023: UN GIRO SIGNIFICATIVO EN LA DOCTRINA SOBRE EL USO DE MIRILLAS DIGITALES EN COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

El presente epígrafe se adentra en el análisis detallado de la Resolución de Procedimiento Sancionador del 30 de agosto de 2023 (PS00060/2023), expediente EXP202211775, emitida por la AEPD¹¹⁸. Esta resolución surge a raíz de una reclamación presentada por un propietario contra otro vecino, referente a la instalación de un sistema de videovigilancia (concretamente, una mirilla electrónica), planteando preocupaciones sobre posibles infracciones al artículo 6.1 del RGPD.

A lo largo de los antecedentes y fundamentos de esta resolución, se delimitan los hechos, argumentos y criterios legales que llevaron a la AEPD a considerar la conducta de la parte reclamada como una presunta infracción. La resolución, que culmina con la imposición de una sanción y la determinación de medidas correctivas, representa un giro relevante en la doctrina de la AEPD en relación con el tratamiento de datos personales a través de sistemas de videovigilancia en comunidades de propietarios. Este análisis crítico se propone desentrañar los elementos clave de la Resolución PS00060/2023, destacando las interpretaciones legales, las implicaciones para la protección de datos personales y, en última instancia, el impacto potencial en el uso de dispositivos de videovigilancia en el contexto de las comunidades de propietarios bajo régimen de propiedad horizontal.

Realizando un relato somero de los hechos, comentaremos que A.A.A., como parte reclamante, argumenta que B.B.B. instaló una mirilla digital en un edificio compartido, sin el consentimiento previo de la comunidad de propietarios, y ha solicitado su retirada sin obtener una respuesta adecuada. La documentación aportada incluye comunicaciones entre las partes, un reportaje fotográfico y un documento con características técnicas de la mirilla. La AEPD trasladó la reclamación a B.B.B., pero este no recogió la notificación, lo que llevó a la notificación por correo postal certificado. Tras admitir la reclamación a trámite, la AEPD inició un procedimiento sancionador por presunta infracción del RGPD y se consideró probado que B.B.B. instaló el sistema de videovigilancia sin el consentimiento de la comunidad de propietarios.

Estos hechos guardan similitudes con casos previamente expuestos a lo largo del trabajo, donde la AEPD no otorgaba razón al reclamante. En estas situaciones, se repite el escenario de instalación de sistemas de videovigilancia sin el consentimiento adecuado, generando presuntas infracciones RGPD que no fueron respaldadas por la AEPD. La Agencia no encontró fundamento en las alegaciones presentadas y, finalmente, una y otra vez, no fueron apreciadas como tales infracciones del RGPD.

Entrando en el argumento central expuesto por la AEPD en esta resolución, se detalló que el tratamiento de datos personales, como el llevado a cabo mediante

¹¹⁸ Resolución PS00060/2023, del 30 de agosto de 2023. Recuperado de <https://www.aepd.es/documento/ps-00060-2023.pdf> [fecha de última consulta: 15 de septiembre de 2023].

un sistema de videovigilancia, solo es lícito si se cumplen determinadas condiciones. La condición relevante para este caso es la obtención del consentimiento del interesado o interesados, o sea, la comunidad de propietarios. La AEPD argumentó que, al no contar con el consentimiento de la comunidad de propietarios, el tratamiento de datos personales realizado por el reclamado al instalar el sistema de videovigilancia resultaba ilícito con base en el RGPD. Se subrayó la importancia del consentimiento como expresión de la voluntad de los afectados para que sus datos personales sean tratados, especialmente en situaciones que involucren la captación de imágenes a través de dispositivos de vigilancia. Asimismo, admitiendo la ausencia de consentimiento, la instalación del sistema de videovigilancia tampoco podía ampararse en ninguna otra condición prevista en el artículo 6.1 del RGPD. La falta de base legal para el tratamiento de datos personales fue un elemento central en la argumentación de la AEPD.

Finalmente, la AEPD, en concordancia con la afirmación de que no se prestó el debido consentimiento de la comunidad de propietarios para realizar la instalación de la mirilla digital, resuelve que hubo una infracción en materia de protección de datos amparada por el RGPD, reafirmando que las imágenes generadas por sistemas de cámaras o videocámaras son datos personales y, por lo tanto, están sujetas a la normativa de protección de datos. Por ello, se sostiene que la instalación de la mirilla no cumple con ninguna de las condiciones establecidas en el art. 6.1 RGPD, lo que constituye una infracción tipificada en el art. 83.5 del RGPD. Como consecuencia, la AEPD impone a B.B.B. una multa de 300 euros por esta infracción. Además, ordena a B.B.B. que, en un plazo de 30 días desde la recepción de la resolución, retire el sistema de cámaras o videocámaras del lugar actual o lo reoriente de manera que no capture zonas comunes de la vivienda ni la vivienda colindante.

Como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, se han citado resoluciones anteriores de la AEPD donde se adoptaron unas posturas, en ciertos casos, que parecían menos proclives a considerar la instalación de mirillas digitales por parte de propietarios singulares como una infracción en materia de protección de datos. Para ello, se basaron en argumentos como la no afectación a la intimidad en zonas comunes, reforzando esta inclinación con la jurisprudencia penal sobre la validez de grabaciones en dichas áreas. Sin embargo, en la resolución actual objeto de estudio, la AEPD ha modificado su posición al considerar que la instalación de mirillas digitales por parte de propietarios singulares puede constituir una infracción en materia de protección de datos. Para quien realiza este análisis, hay que destacar este giro en la postura de la AEPD hacia una mayor consideración de la posible infracción en la instalación de mirillas digitales, pues este cambio refleja una adaptación a las preocupaciones crecientes sobre la privacidad en entornos residenciales y la necesidad de establecer límites más claros en la utilización de tecnologías de vigilancia en espacios compartidos, pues las nuevas tecnologías, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, van cobrando cada vez más protagonismo en los problemas globales sobre la intimidad o privacidad de las personas, pudiendo convertirse en herramientas útiles para la seguridad o, por el contrario, también en armas invasivas y peligrosas.



Leyendo esta resolución, parece que ha quedado muy lejos aquella aseveración de la AEPD donde se decía que la mirilla digital no realizaba un tratamiento de datos al actuar como una mirilla tradicional y, como tal, no era objeto de la aplicación del RGPD. Esta afirmación, desde esta humilde posición, se tornaba insensible y alejada de la realidad, y totalmente contraria a otras resoluciones de características similares en relación con otras tecnologías de videovigilancia. Con estas consideraciones, acogemos con satisfacción este cambio de postura de la AEPD, confiando en que contribuirá significativamente a la construcción de un entorno digital más respetuoso con la privacidad y con expectativas positivas para el futuro en términos de protección de datos y derechos fundamentales.

VI. CONCLUSIONES

Tras lo expuesto en los apartados anteriores podemos extraer varias conclusiones.

1. Los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos personales son derechos que, aunque nacen del mismo principio constitucional y universal como es la dignidad de la persona, son derechos totalmente independientes, a pesar de que en la práctica se confundan, como pone de manifiesto el dato de que, en ocasiones, los ciudadanos pidan la tutela de su intimidad ante la AEPD, no siendo la autoridad competente para verificar si existe o no una lesión en sus derechos a la intimidad o propia imagen.

2. Los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos personales no son ilimitados ni absolutos, como tal, ya que poseen límites y pueden ser restringidos. Estas restricciones se tienen que llevar a cabo siguiendo el juicio de ponderación, comprobando si la medida restrictiva del derecho fundamental es necesaria, idónea y proporcionada.

3. En el marco de las comunidades de propietarios se han producido vulneraciones de los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos personales como consecuencia de la instalación de dispositivos de videovigilancia. Tales dispositivos de videovigilancia pueden ser instalados en virtud de acuerdo de la junta de propietarios, con el cuórum requerido legalmente, o bien puede llevarse a cabo por decisión individual de propietarios singulares. Dependiendo del caso, los pronunciamientos judiciales varían, incluso de forma contradictoria, declarando o no tal vulneración de estos derechos.

4. Cuando estamos ante instalación de sistemas de videovigilancia en virtud de acuerdo de junta de propietarios, las decisiones judiciales son proclives a no considerar intromisión ilegítima a la intimidad y propia imagen la grabación de las entradas y salidas de las viviendas de los propietarios siempre y cuando se siga el cauce legalmente establecido por la Ley de Propiedad Horizontal, se enfoque a zonas comunes del edificio y se fundamente la instalación del sistema con base en motivos de seguridad.

5. Cuando estamos ante instalación de sistemas de videovigilancia por decisión individual de propietarios singulares, los pronunciamientos judiciales no son



pacíficos. La jurisdicción civil considera que existe intromisión ilegítima a la intimidad y propia imagen cuando, sin consentimiento del afectado, se captaran imágenes y movimientos de forma continuada de las entradas y salidas de la vivienda familiar, incluso si se alegan motivos de seguridad para justificar su instalación. La jurisdicción penal, al contrario, considera estas grabaciones realizadas por propietarios singulares como proporcionales y razonables, pues convergen motivos de seguridad y derecho de propiedad, partiendo de presupuestos y principios diferentes ambas jurisdicciones.

6. No existe un criterio unificado sobre la consideración de los elementos comunes como un lugar apto para la realización de actos que se encuadren dentro del derecho a la intimidad y la propia imagen. En la jurisdicción civil, la consideración de los elementos comunes como un lugar no apto para el despliegue de la eficacia de los derechos a la intimidad y propia imagen depende de si la instalación de las cámaras ha sido autorizada por la junta de propietarios o, por el contrario, ha sido adoptada por decisión unilateral del propietario singular. En la jurisdicción penal siempre se considera que los elementos comunes de un edificio no son un lugar apto para el despliegue de la eficacia de los derechos a la intimidad y propia imagen, por lo que las grabaciones realizadas que captaran indicios delictivos se consideran una prueba válida en el proceso que no vulnera ningún derecho de intimidad, propia imagen o protección de datos.

7. Existe vulneración del derecho de protección de datos personales cuando no se sigue la legislación específica. A pesar de ello, la mayoría de los pronunciamientos de la AEPD cuando se refiere a instalación de sistemas de videovigilancias más modernos, tales como videoporteros o mirillas digitales, ha hecho gala de reticencias a considerar que existe realmente un tratamiento de datos en estos casos y, por lo tanto, descarta posibles lesiones. No obstante, cabe destacar el importante pronunciamiento de la AEPD del 30 de agosto de 2023 (PS00060/2023) donde se ha estimado una vulneración al derecho de la protección de datos por la instalación de una mirilla digital, pudiendo suponer esto un posible cambio de paradigma doctrinal en la AEPD.

8. Por los datos consultados a lo largo del trabajo, se puede considerar que la tecnología IoT, en conjugación con los sistemas de videovigilancia, puede ser clave para determinar si existe o no una vulneración de los derechos a la intimidad, propia imagen o protección de datos personales. Es por ello por lo que tanto los juzgados y tribunales como las autoridades de control encargadas de la tutela de estos derechos deben valorar la existencia de este elemento a la hora de ponderar las posibles intromisiones a estos derechos algo que en la práctica, como se ha podido estudiar de la jurisprudencia y resoluciones estudiadas, no se tiene lo suficientemente en cuenta al imperar el principio de presunción de inocencia.

9. Los mecanismos legales existentes para proteger a los propietarios de las posibles intromisiones ilegítimas en el marco de la ley de propiedad horizontal han resultado obsoletos y es necesaria una revisión legislativa que considere los significativos avances tecnológicos que se han ido desarrollando en el ámbito de la videovigilancia.



PROFILI CIVILISTICI DELLA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO IN ITALIA: LINEAMENTI DI UNA COMPARAZIONE FRA MODELLO ITALIANO E ORDINAMENTI SPAGNOLO, FRANCESE E TEDESCO

Gianluca Moschettini

Estudiante de Derecho
Universidad de Bolonia

SOMMARIO

La responsabilità civile del medico è un tema di crescente interesse sia a livello giuridico che sociale. Questa ricerca propone un'analisi dettagliata della responsabilità civile del medico in diversi contesti giuridici, con particolare attenzione alla sua evoluzione nel tempo e alle prospettive future. Il lavoro inizia con una disamina approfondita delle basi concettuali e giuridiche della responsabilità civile del medico analizzando i soggetti coinvolti e i principi fondamentali che regolano la responsabilità medica, inclusi il rapporto contrattuale con il paziente. Successivamente, si percorrono le varie tappe dell'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale nel corso del tempo e le riforme succedutesi fino alla normativa attuale. Infine, viene condotta una breve analisi comparativa della responsabilità medica in diverse giurisdizioni dell'ordinamento europeo per offrire al lettore una visione corposa sulla materia.

PAROLE CHIAVI: responsabilità del medico, danno, doppio binario, responsabilità aquiliana.

PERFILES DE DERECHO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN ITALIA:
ESQUEMAS DE UNA COMPARACIÓN ENTRE EL MODELO ITALIANO
Y LOS SISTEMAS ESPAÑOL, FRANCÉS Y ALEMÁN

RESUMEN

El presente trabajo analiza la responsabilidad civil del médico en Italia en cuanto es un tema de creciente interés tanto a nivel jurídico como social. Esta investigación propone un análisis detallado de la responsabilidad civil del médico en diferentes contextos jurídicos, prestando especial atención a su evolución a lo largo del tiempo y a las perspectivas futuras. El trabajo comienza con un examen exhaustivo de los fundamentos conceptuales y jurídicos de la responsabilidad civil del médico, analizando los sujetos involucrados y los principios fundamentales que rigen la responsabilidad médica, incluida la relación contractual con el paciente. Posteriormente, se revisan las distintas etapas de la evolución de la jurisprudencia a lo largo del tiempo y las reformas sucedidas hasta la normativa actual. Finalmente, se realiza un breve análisis comparativo de la responsabilidad médica en diferentes jurisdicciones del ordenamiento europeo para ofrecer al lector una visión integral sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad del médico, daño biológico, sistema binario, responsabilidad extracontractual.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2023.40.04>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 40; julio 2023, pp. 99-126; ISSN: e-2530-8319



INTRODUZIONE

Durante mi estancia en La Laguna por el proyecto *Erasmus for Traineeship* en la Cátedra Tomás y Valiente, bajo la supervisión del Profesor Luis Javier Capote Pérez, tuve el privilegio de profundizar mis estudios en el campo del derecho, participando en diversas actividades académicas de gran relevancia.

Entre estas, una de las actividades centrales fue la redacción de un artículo de investigación centrado en el tema de mi tesis de grado de derecho en Italia: la responsabilidad del médico en ámbito civil.

Mi estancia en la Cátedra Tomás y Valiente fue una experiencia formativa que me permitió sumergirme en el *core* de la investigación jurídica, colaborando activamente con el Profesor Capote Pérez para explorar a fondo los temas relacionados con mi tesis de grado, enriqueciendo mi perspectiva a través de un valioso intercambio cultural y científico.

El presente artículo tiene como objetivo compartir las reflexiones y conclusiones surgidas de esta temática, objeto de críticas y nueva doctrina a lo largo del tiempo.

1. IL DIRITTO ALLA SALUTE *EX* ART. 32: TUTELA COSTITUZIONALE E DANNO RISARCIBILE

1.1. PREMESA. DIRITTO ALLA SALUTE E LA SUA PROTEZIONE COSTITUZIONALE

L'importanza fondamentale¹ attribuita al valore della persona umana richiede, quando si esamina la responsabilità civile del medico e delle strutture sanitarie, di spostare l'attenzione dall'analisi del diritto alla salute sancito dalla Costituzione ex art. 32 all'esplorazione delle varie implicazioni che la violazione di questo diritto può avere sul piano della risarcibilità del danno.

L'enunciato di cui all'art. 32 della Costituzione recita «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

L'impiego dell'aggettivo «fondamentale»² da parte del Costituente rimarca il valore primario che ha la salute nel nucleo dei diritti inscindibili della persona. Per-

¹ Un corretto esame del contenuto e della natura giuridica della responsabilità del medico non può prescindere dall'assumere a punto di partenza il diritto alla salute garantito dalla Carta costituzionale e ritenuto uno dei valori fondanti dell'ordinamento giuridico.

² M. LUCIANI *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, xxvii, Roma, 1991, p. 774, dove l'autore sostiene che «solo per [...] il diritto alla salute la Costituzione usa l'espressione diritto fondamentale che non può dirsi certamente casuale».



tanto, la disposizione costituzionale va letta in combinato disposto con gli artt. 2³ e 3⁴ cost in quanto il diritto alla salute è riconducibile allo schema della uguaglianza sociale –la Carta stabilisce che il cittadino ha diritto a non essere discriminato per le «condizioni personali e sociali»– e come diritto sociale alla prestazione –si esplica nel diritto a chiedere e ricevere assistenza in «adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà [...] sociale»–⁵.

Nel nostro ordinamento il diritto alla salute è qualificato come «interesse della collettività», per la tutela della quale lo Stato «garantisce cure gratuite agli indigenti». Lo Stato ha il dovere di mettere in atto tutte le condizioni necessarie affinché la tutela sia garantita: in Italia il processo per dare attuazione alla riforma sanitaria per l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale è stato lungo e complesso ed è stata una delle conquiste più importanti della nostra democrazia.

La legge n. 833 del 23 dicembre 1978 dota la sanità di un nuovo apparato –SSN– e specifica a quali principi debba essere improntato per garantire le prestazioni sanitarie «pagate in prevalenza con denaro pubblico»⁶. Il Servizio Sanitario Nazionale è fondato sul principio dell'universalità dei destinatari, la globalità delle prestazioni e l'eguaglianza di trattamento. Le argomentazioni appena illustrate sono confermate dall'articolo 1 di suddetta legge:

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale.

La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Nel servizio sanitario nazionale è assicu-

³ Art. 2 Cost. «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

⁴ Art.3 Cost. «La libertà personale è inviolabile. / Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. / In casi eccezionali di necessità e di urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro 48 ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive 48 ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. / È punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà./ La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

⁵ R. BALDUZZI e D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione ne Servizio sanitario nazionale*, in ID. e G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 40 s.

⁶ A. MORRONE, F. MINNI, «Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana», in Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), n.° 3 del 2013, p. 9. Disponibile in <https://hdl.handle.net/11585/398327>.



rato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge.

1.2. IL DANNO ALLA SALUTE E LA SUA RISARCIBILITÀ

La garanzia costituzionale del diritto alla salute implicò necessariamente l'intervento del legislatore per fornire una piena tutela risarcitoria al cittadino. L'impegno del legislatore, in linea con i contributi della dottrina e della giurisprudenza, ha portato al pieno riconoscimento del danno biologico⁷.

Prima della fine degli anni Settanta, il sistema risarcitorio era caratterizzato da un approccio bipolare: il danno di natura patrimoniale era sempre risarcibile secondo l'articolo 2043 del codice civile⁸, mentre il danno di natura non patrimoniale era soggetto a un *numerus clausus*, dove solo determinate tipologie di danni erano risarcibili⁹.

Una parte della dottrina sosteneva che le disposizioni codicistiche riflettevano il concetto di risarcimento del danno basato sul reddito lavorativo della persona lesa, come espresso dalla «regola del ciabattino» di Melchiorre Gioia¹⁰, attribuendo quindi importanza alla capacità reddituale della persona. Questo ha creato una dispa-

⁷ Sul punto v. G. PONZANELLI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Cedam, Padova, 2004, il quale ripercorre l'evoluzione normativa della nozione di danno biologico suddividendola in «4 stagioni»: la prima che ripercorre gli sviluppi a partire dal codice civile del 1942 fino alla fine degli anni '70 quando i tribunali di Genova e di Pisa segnarono una nuova tappa di rottura nell'orientamento giurisprudenziale che culmina con la creazione di un *tertium genus* di danno a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale nel 1986. La terza stagione ripercorre l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale a partire dagli anni '90 volti ad ampliare la categoria di danno non patrimoniale e ritornare quindi al sistema bipolare, mentre l'ultima si inaugura con la pubblicazione delle sentenze c.d. gemelle del 2003, da cui ne risulta una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. al fine di ricomprendere nella nozione di danno non patrimoniale, ogni danno che implica «la lesione di un diritto inviolabile della persona», e segna al contempo l'ingresso del legislatore, in tale materia, che con il decreto legislativo n. 38 del 2000 sull'INAIL e poi con il codice delle assicurazioni (D. lgs. 7 settembre 2005, n. 209) elabora per la prima volta una definizione di danno biologico. Alla stregua di quanto detto fin qui è bene aggiungere una quinta e forse una sesta stagione, dal momento che il libro è stato pubblicato nel 2004 e senza dubbio l'analisi non deve tralasciare le sentenze delle Sezioni Unite del 2008 che hanno consolidato il percorso avviato dalle sentenze del 2003 e la riforma c.d. Gelli-Bianco con nuove implicazioni riguardanti la liquidazione del danno biologico.

⁸ Art. 2043 Codice civile «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.»

⁹ Art. 2059 Codice civile «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.»

¹⁰ Così, M. GIOIA, *Dell'ingiuria dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali Civili*, Lugano, 1840, 167, il quale elabora la regola attraverso la quale «un calzolaio, per esempio, eseguisce due scarpe ed un quarto al giorno: voi avete indebolito la sua mano in modo che

rità tra coloro che avevano un'attività reddituale e coloro che non ne avevano (come i minorenni o le casalinghe), poiché il danno alla salute era strettamente legato al lavoro svolto. Inoltre, l'interpretazione restrittiva dell'articolo 2059 del codice civile in materia di danno non patrimoniale ha lasciato una sorta di vuoto normativo in cui il risarcimento per il danno biologico non era adeguatamente tutelato¹¹.

Questa situazione è stata ribaltata a metà degli anni Settanta da due pronunce che hanno spostato l'attenzione sulla natura non patrimoniale del danno. Il Tribunale di Genova¹² ha sottolineato l'importanza di basare il risarcimento del danno biologico su un criterio oggettivo, come il reddito pro capite nazionale, anziché sulla situazione reddituale del soggetto. Successivamente il Tribunale di Pisa¹³ si pose sulla stessa linea interpretativa dei giudici genovesi sostenendo le argomentazioni ma non condividendo la scelta di creare un'ulteriore categoria, poiché «se i danni alla salute in quanto di per sé suscettibili di valutazione economica (...) non sussistono ostacoli a ricondurre il danno all'integrità psicofisica nella sfera di applicazione della regola generale dell'art.2043 del codice civile».

La Corte costituzionale¹⁴ così si esprimeva quando intervenne per la prima volta in materia di danno biologico pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c.¹⁵ in relazione agli articoli 2,3, e 32 della Costituzione:

il diritto alla salute è un diritto fondamentale, primario ed assoluto dell'individuo, il quale, in virtù del suo carattere privatistico, è direttamente tutelato dalla Costituzione (art. 32) e, nel caso di sua violazione, il soggetto può chiedere ed ottenere il giusto risarcimento, in forza del combinato tra il medesimo articolo costituzionale e l'articolo 2059 del Codice Civile.

I giudici costituzionali hanno confermato il diritto al risarcimento del danno biologico come parte del danno non patrimoniale, ma con una sentenza successiva¹⁶ hanno ridimensionato tale posizione, riportando il danno biologico nella categoria del danno patrimoniale. La Corte di Cassazione ha adottato una definizione più ampia di danno non patrimoniale, includendoci il danno biologico che era inteso come «lesione di valori inerenti alla persona»¹⁷, distinguendolo chiaramente dal danno patrimoniale.

egli non riesce a fare che una scarpa: voi gli dovette il valore della fattura di una scarpa ed un quarto moltiplicato per il numero dei giorni che gli restano da vivere, meno i giorni festivi».

¹¹ N. TODESCHINI, *La responsabilità in medicina*. UTET Giuridica, Milano, 2023.

¹² Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54.

¹³ Trib. Pisa, 10 marzo 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 356; Trib. Pisa, 4 giugno 1984, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 677.

¹⁴ Corte cost. 26 luglio 1979 n. 88, Roma, 1979.

¹⁵ Art 2043 Codice civile «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

¹⁶ Corte Cost. 14 Luglio 1986, n. 184, Roma, 1986.

¹⁷ Si veda a tal proposito, Cass., sez. III, 31 Maggio 2003, nn. 8827 e 8828. Tale questione venne affrontata dalla Corte di Cassazione con l'emissione di due sentenze gemelle nel 2003: i giudici



Bisogna attendere però fino ai primi anni 2000 per trovare una vera e propria definizione normativa di danno biologico, poiché come si è visto, trattasi di un concetto di matrice giurisprudenziale e dottrinale. Il danno biologico ha trovato la sua piena positivizzazione dapprima con il D. lgs. 23/02/2000 n. 38, relativo però a una riforma riguardante l'INAIL, dove, auspicando a un intervento più specifico da parte del legislatore, definisce «in via sperimentale (...) il danno biologico come la lesione dell'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale»¹⁸.

Come detto pocanzi l'intervento legislativo in materia non si è fatto attendere ed è stato attuato nel c.d. codice delle assicurazioni (D. lgs. 7 settembre 2005 n. 209) dove all'articolo 138 recita:

la lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato.

Dopo aver posto le necessarie premesse, è bene individuare il soggetto responsabile del danno alla salute. In generale, la responsabilità può essere imputata a diverse entità:

- l'individuo.
- il professionista sanitario, quando il danno è causato dal medico o da operatori sanitari.

La trattazione in questione va ad approfondire proprio quest'ultima fattispecie da responsabilità per danno alla salute. I prossimi capitoli saranno dedicati all'approfondimento della responsabilità del professionista sanitario dapprima enunciando i soggetti coinvolti e successivamente analizzando le conseguenze che il soggetto ha in sede civile.

abbracciarono una definizione più estensiva di danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c. in contrapposizione a quella vigente fino ad allora ove si intendeva come danno morale puro.

¹⁸ Art.13, D.L. 23/02/2000, n.38

2. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO NELLA SUA EVOLUZIONE STORICA: DALLA REPONSABILITÀ DEL MEDICO ALLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

2.1. PREMESSA. PROFILO DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA: I SOGGETTI COINVOLTI

La responsabilità medica *ante* riforma Gelli- Bianchi è da inquadrarsi nella categoria del contatto sociale qualificato, teoria elaborata dalla dottrina italiana dopo aver visto la sua luce nell'esperienza tedesca negli anni '40¹⁹. Prima di addentrarci nella trattazione delle dinamiche concernenti la responsabilità civile del medico (e dell'operatore sanitario in generale), è doveroso *in primis* illustrare il profilo caratterizzante questo istituto e i soggetti coinvolti²⁰. La peculiarità di tale profilo di responsabilità è dovuta alla particolare attenzione dell'orientamento giurisprudenziale che «ha determinato l'esplosione del contenzioso in materia»²¹. Viene di fatto superata la distinzione netta tra responsabilità del medico e responsabilità della struttura sanitaria a favore di una concezione unitarista della stessa sotto la denominazione di responsabilità medica che, piuttosto costituisce un «sottosistema» della responsabilità civile²².

Con particolare riferimento all'imputazione della prestazione sanitaria, sono da ricondurre nell'ambito dei soggetti coinvolti tre fattispecie:

- Rapporto tra paziente e medico.
- Rapporto tra paziente e struttura sanitaria.
- Rapporto tra medico e struttura sanitaria.

Alla luce di quanto illustrato, la prestazione sanitaria instaura un legame giuridico tra paziente, medico e struttura sanitaria che si estrinseca nel diverso regime di responsabilità a cui il soggetto risponde nella corretta individuazione della natura del rapporto.

¹⁹ In Germania venivano ricondotti nella categoria dei Faktische Vertragsverhältnisse tutte quelle ipotesi che, in assenza di un contratto, violavano un dovere preesistente di collaborazione e di prestazione. Oltre al caso della responsabilità del medico, rientravano in questa categoria anche casistiche in ambito scolastico e bancario.

²⁰ N. TODESCHINI, *I nuovi principi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, a cura di N. TODESCHINI, Milano, UTET Giuridica, 2020, pp. 1-50.

²¹ P. CRUSCO, 2023. La attuale responsabilità sanitaria in ambito civile verso una ennesima riforma di legge. *Ratio Iuris* [online], 1. Disponibile su <https://www.ratioiuris.it/la-attuale-responsabilita-sanitaria-in-ambito-civile-verso-una-ennesima-riforma-di-legge/>.

²² R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 50 ss.



2.2. RESPONSABILITÀ SANITARIA. PROFILI

Le strutture sanitarie hanno sempre avuto un ruolo fondamentale nel supportare l'operato degli esercenti la professione sanitaria, garantendo cura e assistenza al paziente. Preliminarmente è necessario muovere dalla definizione di struttura sanitaria. Ai sensi dell'art. 2 del «regolamento concernente autorizzazione e accreditamento ai sensi dell'art. 43 della legge provinciale 23 febbraio 1998, n. 3»²³ la struttura sanitaria è una struttura che fornisce prestazione di tipo sanitarie nello specifico al comma 1:

Ai fini del presente regolamento, per strutture sanitarie e sociosanitarie si intendono:

- a) strutture sanitarie che erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero, a ciclo continuativo o diurno;
- b) strutture sanitarie che erogano prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale ivi comprese quelle riabilitative, di diagnostica strumentale e di laboratorio;
- c) strutture sanitarie e sociosanitarie che erogano prestazioni in regime residenziale, a ciclo continuativo o diurno.

Tra i soggetti operanti la dottrina ha operato una equiparazione tra struttura pubblica o privata facendo rientrare tra queste anzitutto le Aziende Unità Sanitarie Locali, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, gli ospedali e i presidi ospedalieri. Il regime di responsabilità della struttura sanitaria è ampiamente condiviso *in toto* dall'orientamento giurisprudenziale²⁴ e non ha subito modifiche nel corso degli anni se non in via indiretta in seguito alle varie riforme succedutosi per regolamentare la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che operasse all'interno della struttura sanitaria.

La struttura sanitaria assume nei confronti del paziente una responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.²⁵, risultando essa fondata sul contratto di ospedalità. Il contratto di ospedalità è un «contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive intercorrente tra struttura sanitaria e paziente»²⁶. È importante rilevare che la responsabilità ha natura contrattuale non solo quando il paziente stipula un contratto con una struttura privata «bensì anche nei casi in cui il ricovero, o la pres-

²³ Trattasi un regolamento che disciplina i requisiti organizzativi e funzionali per l'accreditamento di una struttura sanitario o sociosanitaria.

²⁴ Cass, 27 marzo 2015 sentenza n. 6243 dove viene precisato che «l'Asl è responsabile civilmente, ai sensi dell'art.1218 del fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa».

²⁵ Art.1218 c.c. «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»

²⁶ I. PATELLA, *La responsabilità civile sanitaria e medica*, Revelino editore,2019.

tazione, vengano effettuati presso una struttura pubblica senza alcuna espressa manifestazione di una volontà contrattuale»²⁷.

La prestazione che viene eseguita è di natura complessa e assai articolata: la struttura deve fornire al paziente, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di prestazioni accessorie che vanno sotto il nome di «assistenza sanitaria» che generalmente consistono nella fornitura di vitto e alloggio o anche la mera vigilanza del reparto; pertanto, il contratto assume un connotato di prestazione di servizio alberghiero. In virtù di tale articolazione, la Corte di Cassazione ha riqualificato il rapporto paziente-struttura come un «autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive» da taluni definito contratto di spedalità da altro contratto di assistenza sanitaria²⁸.

Dunque, ascrivendo la responsabilità a titolo contrattuale in capo alla struttura sanitaria è necessario identificare le cause per le quali la struttura risponde. La struttura sanitaria risponde *ex art.* 1218 c.c. per il danno che ha causato al paziente (c.d. responsabilità del debitore) e per l'operato dei propri dipendenti *ex art.* 1228²⁹ c.c. (responsabilità per fatto degli ausiliari).

L'obbligazione assunta dalla struttura sanitaria si enuclea come obbligazione di mezzi³⁰, pertanto non è richiesto il raggiungimento di un preciso risultato (in questo caso la guarigione), ma è richiesta la diligenza che si parametra all'attività esercitata³¹ e il dipendente della struttura sanitaria risponderà *ex art.* 2236 c.c.³² quindi anche nel caso in cui la colpa sia lieve.

La riforma Gelli Bianco³³, che approfondiremo nei capitoli successivi nella trattazione della responsabilità del medico, non fa altro che confermare la natura contrattuale del rapporto che si instaura tra paziente e struttura sanitaria distinguendo lo stesso dal rapporto tra medico e paziente, dando vita così a un sistema a doppio binario. A supporto della tesi della responsabilità contrattuale e per fatto altrui della struttura sanitaria, l'art. 7 della legge n. 24 /2017 (c.d. Riforma Gelli-Bianchi) chiarisce:

(i) la struttura sanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal

²⁷ C. BRUSCO, *Responsabilità sanitaria civile e penale (Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco)*, Torino, Giappichelli, 2018.

²⁸ Cfr. Cass. civ, sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

²⁹ Art. 1228 c.c. «Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro».

³⁰ Il debitore non promette un risultato al creditore, ma s'impegna a tenere un comportamento che soddisfi l'interesse del creditore senza che il raggiungimento di un ulteriore risultato sia da ritenersi essenziale per l'interesse del creditore.

³¹ Art. 1176 co.2. c.c. «Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

³² Art. 2236 c.c. «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

³³ Legge n. 24/2017



paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 c.c., delle loro condotte dolose o colpose;

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, il paziente deve provare l'esistenza del «nesso causale tra l'azione o l'omissione dei sanitari e l'evento di danno»³⁴ quando si fa valere la responsabilità del medico. L'applicazione dell'art. 2236 c.c. consente all'esercente la professione di sanitaria di svolgere il proprio operato con tranquillità perché l'applicazione dell'art. 1218 c.c. garantisce maggiormente il paziente a discapito dell'intero apparato sanitario in quanto l'onere della prova ricade in capo al debitore (in questo caso l'esercente la professione sanitaria) e il termine di prescrizione giova al paziente in quanto decennale, anziché quinquennale.

Ciò è stato di fondamentale importanza nel corso dell'evoluzione della disciplina che in un primo momento prevedeva una concezione unitaria di responsabilità contrattuale in capo alla struttura e all'esercente la professione sanitaria e solo in seguito si giunse al sistema del «doppio binario»³⁵ in cui il medico operante nella struttura sanitaria rispondeva a titolo extracontrattuale.

2.3. RESPONSABILITÀ DEL MEDICO. PROFILI

La responsabilità del medico³⁶ verso il paziente dipende dal tipo di rapporto intercorrente tra i due soggetti:

- Nel caso di medico inteso come «libero professionista», il rapporto tra lo stesso e il paziente è ascrivibile nella categoria dei contratti d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2222 c.c.³⁷.
Il professionista (il medico, in questo caso) esegue una prestazione sulla base di un contratto e il paziente si impegna a corrispondere un compenso in cambio della prestazione ricevuta.
- Diverse problematiche sono occorse invece nell'evoluzione dell'orientamento dottrinale per il medico dipendente da struttura sanitaria cui era irrilevante la natura della stessa, pubblica o privata³⁸.

³⁴ Cass., 2 settembre 2019, sentenza n.21939

³⁵ Art. 7 L.24/2017.

³⁶ In dottrina, si vedano M. BUSSANI, *L'illecito civile. Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* (a cura di P. PERLINGERI), Edizioni scientifiche italiane, 2020, p. 528 s; N. TODESCHINI, *La responsabilità in medicina*. UTET Giuridica, Milano, 2023, p. 347 ss; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, 375 ss; DE MATTEIS, R., *Le Responsabilità in Ambito Sanitario*, CEDAM, Padova, 2017, p. 105; GALGANO F., *Contratto e Responsabilità contrattuale nell'Attività Sanitaria*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1984, p. 710 ss.

³⁷ Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV.

³⁸ V, retro, nota n. 18.

Fino all'intervento normativo della riforma Gelli-Bianchi la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria è stato frutto del diritto vivente giurisprudenziale, quindi a carattere nomofilattico. Un primo orientamento risale a una sentenza della Corte di Cassazione³⁹ a fine anni '70, in cui si attribuiva al medico dipendente della struttura un regime di responsabilità aquiliano *ex art. 2043*⁴⁰, che recita:

L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extra-contrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal comma 1 dell'art. 2947 c.c.

Un mutamento della dottrina si deve alla sentenza della Suprema Corte n. 589 del 22 gennaio 1999⁴¹ in cui per la risarcibilità del danno, causato dal medico dipendente di una struttura sanitaria, si considerava il «contatto sociale» creatosi tra i due soggetti.

Il contatto sociale si instaura tra due soggetti in cui l'uno eroga una prestazione all'altro in assenza di un previo accordo contrattuale. È una forma di responsabilità contrattuale che non nasce da contratto, bensì da un altro rapporto giuridico. Per comprendere meglio l'istituto preso in esame occorre risalire alla categoria cui i rapporti da contatto sociale appartengono, ovvero sia i rapporti contrattuali di fatto. Il Codice civile, nel definire le fonti di obbligazioni, include oltre al contratto e al fatto illecito «ogni altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico»⁴². La norma fonda il principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni: alludendo ad «ogni altro fatto o atto»⁴³ questa norma non fa altro che risolvere tutte quelle situazioni che si trovano a metà strada tra il contratto e il

³⁹ Cass., sez., III civ., sent. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Riv. it. Med. leg.*, 1981, p. 880.

⁴⁰ Art. 2043 c.c. «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

⁴¹ In tale Sentenza si afferma il principio di diritto per cui il medico risponde a titolo contrattuale ex articolo 1218 del Codice Civile, in forza del cosiddetto «contatto sociale qualificato» che si instaura tra lui e il paziente.

⁴² Art. 1173 c.c. «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

⁴³ *Ibidem*.



fatto illecito. Nella categoria dei rapporti contrattuali di fatto rientra il c.d. «contatto sociale qualificato»⁴⁴ e le ipotesi che solitamente si fanno rientrare in questa categoria sono: la responsabilità precontrattuale, rapporti tra insegnante ed alunno, la responsabilità della P.A. nei confronti del privato, il rapporto di mediazione tipica e la responsabilità del medico.

Il contratto, avente ad oggetto la prestazione sanitaria, si instaura fra la struttura sanitaria pubblica o privata ed il paziente, e la prestazione è eseguita dal medico⁴⁵. Resta, tuttavia, il fatto che l'esecuzione della prestazione sanitaria, per quanto contrattualmente dovuta non dal medico, bensì dalla struttura sanitaria, stabilisce un contatto fra il medico e il paziente. Tale invasione può ingenerare nell'altra parte un affidamento ritenuto meritevole di tutela –dovere di protezione– che pur in assenza di un accordo contrattuale tra le parti, trova la propria fonte nelle clausole generali di correttezza e di buona fede e al precetto costituzionale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. rapportato a sua volta al diritto alla salute che l'art.32 denota come diritto fondamentale dell'uomo⁴⁶.

La prestazione sanitaria che si instaura nel rapporto tra medico-paziente tradizionalmente si configura come obbligazione di mezzi⁴⁷, in quanto il medico non garantisce per il risultato finale, impegnandosi piuttosto ad utilizzare i mezzi scientifici più idonei per il raggiungimento del risultato favorevole al paziente ed avendo il dovere di svolgere l'attività professionale con la necessaria adeguata diligenza. Un'eccezione è rappresentata dal caso della chirurgia estetica dove il risultato materialmente ottenuto è determinato nel contratto⁴⁸. È ovvio che il semplice risultato sfavorevole, non significa automaticamente, la formazione della colpa da parte del sanitario. In questo caso occorrerà dimostrare la sussistenza dell'errore e l'esistenza di

⁴⁴ Rapporto privo di accordo contrattuale che intercorre tra due soggetti dei quali uno pone affidamento in un dovere di diligenza gravante in capo al secondo, in virtù delle sue specifiche competenze tecniche e professionali.

⁴⁵ Il medico deve tutelare la salute dei propri pazienti mediante attività di diagnosi, terapia, riabilitazione, prevenzione a livello del singolo individuo e della sua famiglia. Il consenso dell'interessato, a subire un trattamento terapeutico, è il presupposto di legittimità dell'azione del medico. (r. d. 27-7-1934 n. 1265; Legge 28/03/2001, n. 145 artt. 1-3).

⁴⁶ F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, Cedam, 2008.

⁴⁷ Ricorre la prima ipotesi quando il debitore è obbligato a svolgere a favore del creditore una determinata attività senza garantire il risultato che da questa attività il creditore si attende; ricorrere la seconda ipotesi quando il debitore è obbligato verso il creditore anche a realizzare il risultato. La distinzione fra le due ipotesi importa una diversa distribuzione, fra debitore e creditore, del rischio per la mancata realizzazione del risultato: nel primo caso il rischio incombe sul creditore; nel secondo caso grava sul debitore. F. Galgano, *Diritto privato*, Milano, Cedam, 2017.

⁴⁸ Il Tribunale di Pistoia (sentenza n. 595 del 30/06/2021) afferma che «l'obbligazione grave sul chirurgo plastico non è quella... di fornire le cure ma è piuttosto volta al miglioramento delle imperfezioni ed è evidente come questa disciplina chirurgica ben si presti ad essere considerato ampiamente come fonte di un'obbligazione di risultato, piuttosto che di mezzi, poiché, nel momento in cui il paziente si sottopone ad un intervento chirurgico, lo fa in vista di un determinato risultato estetico e non certo per ottenere dal medico solo la rassicurazione che farà il possibile per raggiungerlo» (v. fra le tante Cass. n. 10014/1994).



un nesso di causalità tra questo e la condizione del paziente⁴⁹. La giurisprudenza da rilievo a tre aspetti fondamentali con i quali il medico si è rapportato con il paziente:

- Diligenza⁵⁰.
- Prudenza.
- Perizia.

La valutazione di tali aspetti viene effettuata parametrando la preparazione del sanitario posto sotto accusa alla preparazione media dei sanitari dotati di analoga preparazione. Come accennato, l'errore medico può essere compiuto nella fase diagnostica, in quella prognostica e nella fase terapeutica. L'errore diagnostico si realizza nel non corretto inquadramento diagnostico della patologia; l'errore prognostico si concretizza in un errato giudizio di previsione sul decorso che però si rileva sbagliato; l'errore in fase terapeutica attiene al momento della scelta della terapia e/o al momento della esecuzione della terapia⁵¹. Risulta opportuno completare il profilo giuridico della colpa professionale⁵² definendo anche la natura della responsabilità, identificandone il conseguenziale danno risarcibile.

Nell'ordinamento italiano vi è la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale:

1. Per quanto concerne la responsabilità contrattuale o da inadempimento (*ex art. 1218 c.c.*), la stessa ha come presupposto l'esistenza di un rapporto giuridico tra le due parti (in questo caso tra paziente e sanitario);
2. Contrariamente, la responsabilità extracontrattuale o aquiliana⁵³ sorge quando un soggetto «cagiona ad altri un danno ingiusto» (*ex art. 2043 c.c.*), ovvero la violazione del c.d. *neminem laedere* e tra di essi manca un rapporto obbligatorio.

Per quanto riguarda le differenze tra questi due istituti, la responsabilità contrattuale può essere azionata con strumenti che si prescrivono secondo il regime ordinario decennale, mentre il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni. Un'altra differenza che attiene tra le due forme di responsabilità è l'onere della prova (art. 2697) più mite nel caso della responsabilità contrat-

⁴⁹ G. CASSANO, B. CIRILLO, *Casi di responsabilità medica*, Milano, Maggioli editore, 2013.

⁵⁰ La negligenza consiste nell'atteggiamento soggettivo caratterizzato da grave trascuratezza di quei compiti a cui ciascun sanitario deve attenersi nell'espletamento della sua attività; l'imprudenza consiste nella mancata adozione di una cautela invece ritenuta opportuna per la cura di una sintomatologia; l'imperizia va individuata nella mancanza di abilità e delle nozioni tecniche peculiari della attività esercitata tale da non mettere in pericolo la vita del paziente.

⁵¹ A. MATRICARDI, *Responsabilità medica* [online], Altalex.com, 10.05.18, www.altalex.com.

⁵² Art. 2236 c.c.: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

⁵³ Dal nome della *Lex Aquilia* che disciplinava nel diritto romano tale responsabilità.



tuale dove il legislatore presume la colpa del debitore e da ciò deriva che il debitore si potrà liberare da ogni responsabilità provando l'assenza di colpa⁵⁴. Viceversa, nella responsabilità extracontrattuale è carico dell'attore l'onere probatorio dell'eventuale fatto lesivo illecito che si è verificato⁵⁵. Nonostante questa suddivisione (contrattuale/extracontrattuale), non sembra facile delineare in quale dei due istituti inquadrare la responsabilità da contatto sociale, venendo preso in causa un bene qualificato come «fondamentale dell'individuo»⁵⁶.

In merito occorre aggiungere che la professione medica rientra nella categoria codicistica delle professioni intellettuali⁵⁷ e che in caso di prestazione medico-chirurgica opera sempre accanto alla responsabilità contrattuale, anche quelle extracontrattuali per il rispetto dei valori tutelati della salute e della vita.

Riassumendo, fin dal 1999 la giurisprudenza era unanimemente concorde nel ritenere che la responsabilità medica avesse natura contrattuale inquadrabile nella c.d. responsabilità da contatto sociale: come abbiamo ampiamente specificato nei paragrafi precedenti la responsabilità da contatto sociale costituisce un'ipotesi di responsabilità di natura contrattuale, con applicazione della disciplina relativa ai sensi dell'art. 1218 c.c., che sorge senza che tra le parti esista un precedente vincolo contrattuale. Numerose furono, infatti, le critiche rivolte all'orientamento prevalente che propugnava un doppio binario di responsabilità⁵⁸: la responsabilità in cui incorreva la struttura per l'errore commesso del medico si presentava come maggiormente gravosa in ambito processuale in quanto la stessa rispondeva per il fatto commesso dagli ausiliari *ex art.* 1228 c.c. Diversamente, il medico rispondendo a titolo extracontrattuale era sottoposto a un regime probatorio decisamente più alleggerito: sul paziente, infatti, gravava l'onere di dimostrare il nesso causale tra l'inadempimento e il danno lamentato. Furono queste critiche a consolidare la tesi da contatto sociale che prefigurava la natura contrattuale della responsabilità tanto della struttura sanitaria quanto dal medico. A seguito di interventi legislativi in materia la situazione è mutata radicalmente.

⁵⁴ Il sanitario deve dimostrare di avere svolto la propria attività correttamente e in maniera conforme all'obbligo intrapreso.

⁵⁵ Il paziente dovrà dimostrare la sussistenza del fatto illecito in tutti i suoi elementi.

⁵⁶ «La salute è uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia» (Organizzazione mondiale della Sanità- OMS).

⁵⁷ Art. 2229 ss c.c.

⁵⁸ In virtù del contratto stipulato tra il paziente e la struttura sanitaria, quest'ultima in caso di danno avrebbe risposto *ex art.* 1218 c.c., diversamente accadeva per il medico, il quale rispondeva dei danni arrecati al paziente *ex art.* 2043 c.c.



3. RECENTI INTERVENTI NORMATIVI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO: DALLA RIFORMA BALDUZZI ALLA RIFORMA GELLI

3.1. PRIMO INTERVENTO NORMATIVO: RIFORMA BALDUZZI

Il decreto-legge n. 158 noto anche «Decreto Balduzzi»⁵⁹ è stato convertito nella legge 8 novembre 2012 n. 189. Il nuovo testo normativo ha introdotto importanti novità sotto il profilo della responsabilità professionale medica. Prima di addentrarci nell'analisi delle maggiori novità che ha portato il decreto, è bene capire in che contesto è stato emanato.

In quegli anni, erano sempre più frequenti i casi di malasanita tale per cui i medici erano soliti adoperare strumenti propri del c.d. fenomeno della medicina difensiva⁶⁰. Questo fenomeno consiste nella pratica medica in cui i professionisti sanitari adottano procedure e comportamenti precauzionali eccessivi o prescrivono trattamenti non necessari principalmente per proteggersi da possibili azioni legali o per ridurre il rischio di contenziosi legali. Questo comportamento è spesso motivato dalla paura dei professionisti della sanità di essere coinvolti in cause legali per presunta negligenza medica o errori professionali⁶¹. In alcuni casi, ciò può portare a un'eccessiva medicalizzazione o a una prescrizione eccessiva di test e procedure diagnostiche al fine di minimizzare il rischio legale anziché basarsi esclusivamente sulle necessità cliniche del paziente.

L'obiettivo di questa riforma è trovare un equilibrio nel rapporto tra medico e paziente, cercando di soddisfare sia gli interessi del medico –consentendo di praticare la propria professione in condizioni ottimali, in un ambiente sereno e con la libertà di scegliere il trattamento migliore per il paziente– sia quelli del paziente, evitando di optare per opzioni terapeutiche che non tengano conto del suo interesse, ma siano necessarie per ridurre il rischio di contenzioso legale.

In particolare, il *core* della Legge Balduzzi ha riguardato gli eventi che hanno portato alla riformulazione dell'art. 3 del decreto-legge nella relativa legge di conversione, di cui è bene riportare le differenze testuali. Il vecchio comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge, non ancora convertito in legge⁶², prevedeva:

⁵⁹ Dal nome del Ministro della Salute del Governo Monti (xvi legislatura) che rimase in carica 16 novembre 2011 al 28 aprile 2013.

⁶⁰ Si stima che la medicina difensiva pesi sulla spesa sanitaria pubblica per 10 miliardi di euro l'anno, lo 0,75% del PIL.

⁶¹ A. FIORI, La medicina difensiva. Riv. It. Med. Leg. 1996, 899. In BILANCETTI M.E.F. Responsabilità medica, cosa è cambiato con la legge Balduzzi. Guida al diritto. 6 Settembre 2013.

⁶² Il decreto-legge ai sensi dell'art. 77 della Costituzione è un atto normativo adottato dal governo in situazioni di necessità e urgenza, ma deve essere successivamente convertito in legge dal Parlamento per mantenersi valido. Durante il processo di conversione, il Parlamento può apportare modifiche al testo originario del decreto-legge e, una volta convertito in legge, questo ha la stessa validità e efficacia di una legge ordinaria approvata direttamente dal Parlamento.



Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del Codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del Codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità nazionale e internazionale.

E il comma 4 dell'art. 3 che recitava:

Fatto salvo quanto previsto al comma I, la responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario medico e non medico, occorsi nell'ambito di una struttura 88 sanitaria pubblica, privata accreditata e privata è sempre a carico della struttura stessa.

Il nuovo comma 1 dell'art. 3, che modifica integralmente la normativa, eliminando al contempo il comma 4, prevede testualmente:

l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche della comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del Codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.

La suddetta norma prevedeva la depenalizzazione della colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria. Il riferimento testuale all'art. 2043 del Codice civile aveva creato incertezza in sede dottrinale: da un lato coloro i quali ritenevano che il legislatore avesse voluto qualificare la responsabilità del medico –o meglio dell'esercente la professione sanitaria– come aquiliana, dall'altra parte coloro i quali ritenevano che il legislatore volesse intendere che il medico avrebbe risposto a livello civile per i casi di c.d. colpa lieve.

Secondo la Suprema Corte, scopo ultimo del legislatore sarebbe stato infatti quello di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, che, come abbiamo detto precedentemente, si configura ogni qual volta i sanitari, temendo ripercussioni sulla propria sfera giuridica soggettiva, prescriverebbero numerosi esami diagnostici per eccesso di prudenza con inevitabili ripercussioni sui costi e qualità del servizio offerto⁶³. Al contempo, qualificando la responsabilità medica come aquiliana si sarebbero ridotte le azioni giudiziarie nei confronti degli esercenti la professione sanitaria –in quanto l'onere della prova incombe sul danneggiato– facendo segnare così un notevole risparmio in termini di spesa pubblica per il settore sanitario.

Questa formulazione normativa ha creato un'incertezza sull'applicazione della nuova legge da parte dei tribunali, che hanno aderito a un modello di responsabilità del medico precedente al 1999. In quel periodo, in mancanza di un contratto, i pazienti potevano intentare azioni legali contro i medici dipendenti per ottenere un

⁶³ F. CECCONI e G. CIPRIANI, *La responsabilità civile dopo la legge Balduzzi*, Torino, Giappichelli, 2014.



risarcimento danni utilizzando solo l'azione aquiliana. Tuttavia, la giurisprudenza di merito hanno ritenuto che il richiamo all'articolo 2043 del Codice civile non fosse sufficiente a indicare la volontà del legislatore di modificare il tipo di responsabilità attribuita al medico.

3.2. RESPONSABILITÀ MEDICO-SANITARIA: RIFORMA GELLI

I dubbi sono stati spazzati via con la Legge n. 24 dell'8 marzo 2017, cosiddetta Legge Gelli, che reca «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». In sintesi, la novella ha enucleato le seguenti fattispecie:

- «l'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e l'istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente» (art. 2);
- la previsione di un nuovo istituto, «l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza in sanità» (art. 3);
- la soggezione in capo alla struttura sanitaria dell'«obbligo di trasparenza per quanto attiene alle prestazioni sanitarie erogate e trasmissione tempestiva della documentazione sanitaria relativa al paziente» (art. 4);
- la previsione del «tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto a pena di procedibilità, in caso di azione innanzi al giudice civile per le controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria» (art. 8);
- l'esperibilità «dell'azione di rivalsa soltanto in caso di dolo o colpa grave» (art. 9);
- la istituzione di un «Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria» (art. 14).

La riforma ha introdotto importanti modifiche in tema di responsabilità medica: da un lato ha escluso la responsabilità penale per imperizia in capo al medico laddove dimostri di aver agito nel rispetto delle *leges artes*⁶⁴, dall'altro ha definito in maniera chiara e univoca la responsabilità in sede civile del medico e della struttura sanitaria. La norma –art. 7– si pone in continuità con gli obiettivi della riforma Balduzzi volto però a superarne le ambiguità e finalmente sciogliere qualsiasi dubbio, inerente alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e della struttura sanitaria, in merito al primo comma dell'art. 3 del Decreto-legge n. 158/2012 che aveva dato non pochi problemi interpretativi in sede giurisprudenziale.

⁶⁴ Sono le c.d. linee guida sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo e rappresentano solo un parametro di valutazione della condotta del medico.



La prima chiara indicazione è contenuta nel comma 1 dell'art. 7 della legge n. 24/2017⁶⁵ che, espressamente con il richiamo agli artt. 1218 e 1228 c.c., qualifica come contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria che nell'adempimento della propria obbligazione si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria⁶⁶. È importante rilevare che la responsabilità ha natura contrattuale non solo quando il paziente stipula un contratto con una struttura privata «bensì anche nei casi in cui il ricovero, o la prestazione, vengano effettuati presso una struttura pubblica senza alcuna espressa manifestazione di una volontà contrattuale»⁶⁷.

La prestazione che viene eseguita è di natura complessa e assai articolata: la struttura deve fornire al paziente, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di prestazioni accessorie che vanno sotto il nome di «assistenza sanitaria» che generalmente consistono nella fornitura di vitto e alloggio o anche la mera vigilanza del reparto. In virtù di tale articolazione, come abbiamo sottolineato precedentemente⁶⁸, la Corte di Cassazione ha riqualificato il rapporto paziente- struttura come un «autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive» da taluni definito contratto di spedalità da altri contratto di assistenza sanitaria⁶⁹.

Come già detto la riforma del 2017 segna il superamento della teoria del contatto sociale e l'affermazione della natura aquiliana della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. Così recita il 3 comma dell'art. 7 della medesima legge:

L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del Codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.

Tuttavia, qualora il medico o il singolo operatore sanitario abbia assunto un'obbligazione contrattuale con il paziente, continua a rispondere *ex art.* 1218 c.c. anche se la prestazione avviene in ambito ospedaliero.

In merito all'azione di rivalsa per le strutture sanitarie, l'articolo 7 stabilisce che questa azione può essere esercitata solo se vi è stata una condotta intenzionale dolosa o una colpa particolarmente grave. Inoltre, la struttura sanitaria deve obbligatoriamente informare il professionista sanitario del processo risarcitorio in corso,

⁶⁵ Art. 7 co. 1: «La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose».

⁶⁶ Sono esclusi i medici che erogano prestazioni in base a rapporti contrattuali stipulati direttamente con il paziente.

⁶⁷ C. BRUSCO, *Responsabilità sanitaria civile e penale (Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco)*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁶⁸ Si veda in tal proposito il capitolo 2.2.

⁶⁹ Cfr. Cass. civ. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, Roma.



altrimenti l'azione potrebbe essere dichiarata inammissibile. Nel caso in cui l'azione di rivalsa venga confermata, essa potrà coinvolgere al massimo un quinto dello stipendio del medico. Inoltre, per i successivi tre anni dalla conferma definitiva della sentenza risarcitoria, il medico coinvolto non avrà diritto ad assumere incarichi professionali di livello superiore a quelli precedentemente ricoperti, nemmeno attraverso concorsi pubblici.

Riassumendo, si è precisato che «l'idea di fondo è dunque quella di spostare l'attenzione dal soggetto che ha commesso il fatto al sistema alla ricerca dei fattori che hanno agevolato o reso possibile l'incidente»⁷⁰. Come si osserva, il previgente doppio binario è in realtà divenuto un «triplo binario»⁷¹ perché ai due indicati si deve aggiungere quello relativo l'azione di rivalsa in capo alla struttura sanitaria nei confronti di coloro che hanno operato per la stessa. Si tenga conto anche che il binario può al contrario essere unico quando il danno subito dal paziente sia riferibile ad un solo soggetto che non si sia affidato a strutture esterne⁷². In conclusione, si ritiene che la Legge Gello-Bianchi finalmente abbia segnato una svolta nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale della fattispecie del regime di responsabilità medica.

4. RESPONSABILITÀ DEL MEDICO AI TEMPI DEL COVID 19. RECENTI SVILUPPI

L'emergenza epidemiologica dovuta all'ormai *ex novo* coronavirus SARS-CoV-2 che ebbe la sua origine all'inizio del 2020, ha messo a dura prova i sistemi sanitari pubblici e privati di molte nazioni, compresa l'Italia. Si tenga però presente che lo stato di allerta per la diffusione del virus era già noto a fine gennaio del 2020 ed il 22 febbraio dello stesso anno, il Ministero della Salute emanava la prima circolare che conteneva le norme tecniche con la finalità di orientare il comportamento delle strutture sanitarie. In un caso nel quale sia ravvisabile un errore medico ai danni di un paziente affetto da Covid-19 è opportuno tracciare i confini entro i quali il medico e la struttura sanitaria siano esenti rispettivamente da responsabilità extracontrattuale e da responsabilità contrattuale.

Come abbiamo precisato nei paragrafi precedenti la normativa di riferimento per la responsabilità medica è attualmente regolata dalla legge n. 24/2017 ed è l'art. 5 della stessa a prevedere che gli operatori medici devono rispettare le raccomandazioni previste dalle linee guida e in mancanza delle suddette raccomandazioni «gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali». Sempre al primo comma del suddetto articolo si rileva che «salve le speci-

⁷⁰ M. HAZAN, F. GELLI, S. TAURINI e D. ZORZIT, *La nuova responsabilità civile in sanità*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. GELLI, M. HAZAN e D. ZORZIT, Milano, Giuffrè Editore, 2017, cit., 201 (v.p.205).

⁷¹ L'art. 9 della legge n. 24/2017 disciplina l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

⁷² Il caso del medico di fiducia che non abbia ritenuto affidarsi a una struttura esterna.



ficità del caso concreto» l'operatore sanitario viene scagionato in caso di imperizia. È proprio nella specificità del caso che deve essere inquadrato il Covid-19: in un contesto emergenziale contraddistinto dall'assenza di indicazioni terapeutiche e di farmaci efficaci contro il virus da un lato e il ricorso a medici appartenenti ad altre specializzazioni per affrontare l'aumento improvviso della quantità di malati affetti dal virus, è necessario tipizzare tale casistica. I tentativi per cercare di delineare una normativa in tal senso non sono mancati, come dimostrano le diverse proposte di emendamento al decreto Cura Italia⁷³, le quali sono state successivamente ritirate lasciando la questione in sospenso.

Vi è da interrogarsi su quale sia stata la condotta esigibile dal medico in tal caso caratterizzato dalla novità della patologia: il coronavirus «integra senz'altro il caso eccezionale di cui all'art. 2236»⁷⁴. L'art. 2236 esclude la responsabilità del prestatore d'opera per quei danni cagionati nell'esecuzione di una prestazione implicante «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», fatta eccezione per la ricorrenza del dolo e della colpa grave. In riferimento all'art. 2236 la soluzione di suddetti problemi riguarda eventi «non adeguatamente studiati dalla scienza o sperimentati dalla pratica», oppure caratterizzati dal fatto che «nella scienza medica vi siano ancora dibattiti diversi ed incompatibili sui corretti sistemi diagnostici e terapeutici fra i quali il medico debba compiere una scelta»⁷⁵.

Un settore nel quale è rinvenibile la responsabilità della struttura sanitaria è l'organizzazione dei reparti: il primo comma della citata legge Gelli-Bianco dispone che «la struttura sanitaria che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del Codice civile». Si consideri l'ipotesi in cui il decesso o l'aggravamento della patologia siano stati causati da un ricovero tardivo in terapia intensiva: tale fattispecie non è riconducibile alla responsabilità del medico, bensì a quella della struttura sanitaria. Ricollegandoci alla già citata sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili del 2008⁷⁶ l'ipotesi presa in esame discenderebbe da un contratto di ospedalità atipico che comprende oltre che delle prestazioni mediche in senso stretto anche una serie di prestazioni di natura assistenziale. In particolar modo le infezioni ospedaliere sono considerate in medicina come delle complicanze, ossia un «evento dannoso astrattamente prevedibile ma difficilmente evitabile»⁷⁷. In tal caso le uniche soluzioni rinvenibili sono due: o il peggioramento è evitabile e prevedibile e la struttura sarà responsabile *ex art.* 1218, ovvero è imprevedibile ed inevitabile ed

⁷³ Cfr. d.l. 17 marzo 2020, n.18

⁷⁴ N. GRIBAUDI, *La sanità nell'emergenza covid-19*, Altalex editore, 2020.

⁷⁵ C. IORIO, *Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus* [online], judicium.it, 12.06.2020, <www.Judicium.it>.

⁷⁶ Cfr. Cass. civ. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, Roma.

⁷⁷ N. TODESCHINI, *I nuovi principi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, a cura di N. Todeschini, Milano, UTET Giuridica, 2020



in tal caso la struttura sanitaria dovrà dimostrare di aver tenuto un comportamento conforme a *leges artis* al fine della prova liberatoria⁷⁸.

La legge Gelli-Bianco come abbiamo visto precedentemente, è intervenuta per regolare in modo chiara e univoca la responsabilità del medico e tutelare il paziente. L'art. 4 sancisce l'obbligo di trasparenza per tutte le prestazioni sanitarie che sono state erogate dalle strutture pubbliche e private stabilendo l'obbligo di fornire «la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente» se richiesta dall'interessato. L'art. 6 prevede che se l'evento si è verificato per imperizia la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida o in mancanza delle buone pratiche clinico-assistenziali. Sull'interpretazione della norma che riguarda l'aspetto penale della responsabilità del medico, si è pronunciata la Suprema Corte a Sezioni Unite⁷⁹ la quale affermava che:

l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- 1) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da negligenza o imprudenza;
- 2) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;
- 3) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;
- 4) se l'evento si è verificato per colpa «grave» da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

In conclusione, si può affermare che l'operatore sanitario potrà andare esente da responsabilità «soltanto nel caso in cui la sua condotta imperita sia giustificata dalla assenza di linee guida/buone pratiche in grado di orientare la condotta terapeutica»; non, invece, laddove, nonostante il contesto emergenziale, egli abbia causato un danno per inosservanza della *legis artis* ovvero abbia tenuto una condotta negligente o imprudente. In altri casi la pandemia (emergenza epidemiologica dovuta al coronavirus SARS-CoV-2) integra il caso di forza maggiore idoneo ad escludere il fatto illecito del medico.

⁷⁸ Cfr. Cass. III Sez., 30.06.2015, n. 13328, Roma.

⁷⁹ Cfr. Cass.penale, sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770, Roma.



5. ANALISI COMPARATA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO DELL'UE

L'evoluzione giurisprudenziale che ha «patito» il regime di responsabilità civile del medico ci fa pensare al ruolo cruciale dei medici e delle strutture sanitarie nel garantire il benessere e la salute della popolazione nel rispetto degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione. Da un lato, i pazienti richiedono trattamenti di alta qualità, spesso al di là delle possibilità reali. Dall'altro, gli operatori sanitari e le strutture devono garantire servizi sempre più avanzati e efficienti, per rispondere alle esigenze del paziente. Un buon equilibrio potrebbe essere raggiunto cercando modi più sostenibili e adeguati di finanziare il settore sanitario pubblico. Ridurre i tagli al sistema sanitario potrebbe evitare cause legali che, al momento, sono diventate insostenibili. Spesso, i medici si trovano a lavorare in strutture obsolete e prive delle attrezzature necessarie. Investire di più nella manutenzione delle strutture e nel rinnovo delle apparecchiature potrebbe essere una soluzione in modo tale da dotare il paese di una struttura medico-sanitaria di pari passo con quelle degli altri Stati europei e non solo. In particolare, svolgendo lo sguardo sulle normative dei principali Stati europei qui poniamo un'analisi della legislazione della Spagna, Francia, Germania per avere un quadro completo del regime di responsabilità civile in materia medica.

5.1. ORDINAMENTO FRANCESE. IL SISTEMA *NO FAULT*

In Europa l'esperienza che maggiormente ha segnato una svolta nel quadro comparatistico è rappresentato dall'esperienza francese. La sentenza *Mercier*⁸⁰ del 1936 ascrisse la responsabilità medica nella fattispecie del regime da responsabilità contrattuale. Nel caso specifico, il medico *Mercier* fu ritenuto responsabile per non aver praticato un'operazione chirurgica, che avrebbe potuto salvare la vita del paziente. La Corte riconobbe la negligenza medica in quanto *Mercier* non aveva adottato tutte le misure necessarie per salvaguardare la vita del paziente, avendo posticipato l'intervento chirurgico. La *Cassation* per la prima volta stabilì che tra il paziente e medico sussiste un «*contrat médical*», definendolo come «fornire assistenza, non qualsiasi, ma coscienziosa, attenta e, fatte salve circostanze eccezionali, coerente con i dati acquisiti dalla scienza»⁸¹. Questa sentenza ha contribuito a stabilire un precedente giuridico importante, affermando che un medico può essere ritenuto responsabile se non esercita il dovuto livello di diligenza e cura nel trattamento dei pazienti, e che la negligenza medica può portare a conseguenze legali. Infatti, fino ad allora la responsabilità medica si inquadra nell'ambito delle *obligations de moyens*⁸² in cui

⁸⁰ Secondo quanto esposto nella rivista sulla Responsabilità Medica 2019 n. 2, nella sentenza *Mercier* «si riconobbe al paziente il beneficio del termine prescrizione di 30 anni».

⁸¹ Cass. civ., 20 mai 1936, DP, 1936. 1. 88, Francia.

⁸² R. ZWEIFERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 2013.

l'inadempimento si configura nel non aver eseguito la prestazione con la diligenza dovuta. Ma la dottrina e l'orientamento si evolvono e questo da origine a una nuova tesi di responsabilità oggettiva in materia medico-sanitaria e nello specifico di «une obligation de sécurité de résultat» dove la struttura sanitaria si può esimere se la causa non è imputabile alla stessa («cause étrangère»). L'intervento del legislatore nel 2002, attuato dalla loi Kouchner⁸³, ha introdotto nuove modifiche in materia di responsabilità medica. Questi cambiamenti mirano a ridurre il coinvolgimento diretto dei medici nel risarcimento dei danni causati in modo involontario nell'ambito sanitario, almeno per quanto riguarda il settore pubblico⁸⁴. La riforma ha ricostituito il regime della responsabilità sanitaria tenendo conto di giurisdizioni differenti:

- Nei casi in cui il medico sia un dipendente della struttura sanitaria (pubblica), il rapporto che intercorre tra lo stesso e il paziente corrisponde alla fruizione di un servizio pubblico, pertanto, la competenza ricade nella giurisdizione amministrativa.
- Il rapporto che intercorre tra il medico e il paziente invece ricade nel regime di responsabilità contrattuale e la prescrizione del diritto ad agire è di 30 anni. Pertanto, la competenza giurisdizionale è del giudice civile.

La loi Kouchner ha istituito un organismo amministrativo, l'Oniam⁸⁵, con il compito di indennizzare il paziente che, nel caso in cui subisca un danno e il medico sia esente da colpa, non rimanga senza tutela risarcitoria. Il paziente in primis deve «provare di aver subito un danno e che esso trova causa nella prestazione di cura»⁸⁶ e la soglia di invalidità deve essere pari o superiore al 25%. Questo comporterebbe però il tener fuori dall'area dei danni indennizzabili, tutti quelli al di sotto della soglia ma le ragioni di tale scelta legislativa risiedono nel non gravare ulteriormente la spesa pubblica⁸⁷.

5.2. ORDINAMENTO SPAGNOLO. IL CONCORSO DI RESPONSABILITÀ

All'interno della legislazione spagnola, manca una legge specifica che regoli questo importante e sensibile campo della responsabilità civile. Negli ultimi decenni in Spagna, simile all'esperienza italiana, c'è stato un aumento significativo dei casi di presunta negligenza professionale sanitaria portando a un aumento delle cause

⁸³ Legge n. 303 del 4 marzo 2002 (Francia).

⁸⁴ Si veda a tale proposito: AMODIO, C., *La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e prospettive aperte dalla loi n. 2002-303*, in *DEA*, 2004, p. 459.

⁸⁵ Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

⁸⁶ *Responsabilità Medica*, n. 2, 2019, Pacini Editore.

⁸⁷ L. NOCCO, *Un no-fault plan come risposta alla «crisi» della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'«alternativa francese» a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 449.



per ottenere risarcimenti. Tuttavia, spesso i danni subiti dai pazienti vengono considerati come extracontrattuali, portando a importanti complicazioni, specialmente in termini di tempi per presentare le richieste, l'onere della prova e l'identificazione del nesso causale. Per esempio, il periodo per richiedere un risarcimento per negligenza medica contrattuale è di 15 anni, mentre per quella extracontrattuale è di un anno. Anche in Spagna, c'è una tendenza a ridurre l'onere della prova per i pazienti, spesso ricorrendo a presunzioni di responsabilità, soprattutto in casi di interventi medici di routine o in situazioni in cui le conseguenze sono insolite e sproporzionate.

In Spagna non esiste una normativa specifica della responsabilità medica. Le uniche fonti da cui la dottrina si muove per analizzare la responsabilità del medico sono

- la Ley 41/2002 «*basica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*» che non fa altro che regolare il diritto ad essere informato per il paziente per consentire la prestazione medica⁸⁸.
- Gli articoli 1101-1108 del *codigo civil* in merito alla responsabilità contrattuale in generale.
- Gli articoli 1902- 1910 del *codigo civil* in merito alla responsabilità extracontrattuale in generale.

Questo comportò una serie di diaspore e divergenze tra le opinioni dottrinali, *in primis* in relazione al termine di prescrizione differente rispettivamente 15 anni per il regime di responsabilità contrattuale e 1 anno per quello da responsabilità aquiliana. D'altra parte, è possibile anche la responsabilità per fatto altrui, come nel caso di una clinica o ospedale rispetto al medico assunto, in base all'articolo 1903 del *codigo civil*.

Allo stesso modo, è essenziale che l'azione del medico sia una delle cause o la causa stessa della produzione del danno (cioè, deve esistere una relazione causa-effetto). In questo senso, ad esempio, la decisione della Corte Suprema del 9 ottobre 1995⁸⁹ ha stabilito che non c'era una relazione causale tra il ritardo nell'effettuare un intervento chirurgico e il decesso del paziente. La dichiarazione di responsabilità richiede quindi l'esistenza di una relazione di causalità tra l'azione del medico (anche se questa fosse parte del processo) e il danno prodotto⁹⁰.

L'orientamento giurisprudenziale ascrive la categoria della responsabilità del medico nella fonte delle obbligazioni di mezzi. Il medico che commette un errore professionale nella diagnosi della malattia del paziente potrebbe essere responsabile se non ha utilizzato i mezzi o le tecniche adeguate secondo lo stato attuale della scienza.

⁸⁸ A. GELABER MAST, *Comunicacion medico-paciente*, I edizione, 2012, Marge Books, Barcellona

⁸⁹ STS de 9 octubre de 1995, rec. 1238/1995.

⁹⁰ ANGEL YAGÜEZ, R. De, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.

Tuttavia, questa tesi non implica che l'attenzione richiesta al medico debba essere interpretata in modo tale che un semplice errore costituisca sempre una mancanza nell'adempimento del dovere di diligenza. A tal proposito, vi è la tendenza a venire incontro al paziente mediante lo strumento della presunzione, in capo all'operatore sanitario, di responsabilità, specialmente negli «interventi di facile esecuzione» che non ottengano il risultato atteso⁹¹. Questo evento comporta la prova in capo all'operatore sanitario che la mancata prestazione sia stata dovuta a negligenza del paziente, un caso fortuito oppure forza maggiore.

5.3. ORDINAMENTO TEDESCO. LA TIPIZZAZIONE DEL CONTRATTO

Se in Spagna abbiamo visto che manca totalmente una disciplina specifica della responsabilità medica, in senso opposto si muove l'ordinamento tedesco. In Germania la normativa in materia di responsabilità del medico è consolidata e positivizzata, anche a seguito della riforma legislativa del 2013⁹² che ha ridefinito il contratto di trattamento medico. I danni derivanti dall'esercizio dell'attività sanitaria sono stati inseriti all'interno della responsabilità contrattuale, basata sul rapporto contrattuale tra paziente da un lato e medico e/o struttura sanitaria dall'altro.

Anche nel sistema giuridico tedesco, il processo ha un onere probatorio più favorevole per il paziente, ponendo l'accento sul medico che deve dimostrare di aver adempiuto diligentemente alla prestazione richiesta o di avere provato che il danno al paziente è stato causato da una causa esterna.

La normativa è caratterizzata dalla varietà di contratti con oggetto il trattamento medico:

- Contratto tra paziente e medico- libero professionista.
- Contratto tra paziente e una clinica.
- Contratto tra paziente e al tempo stesso medico –libero professionista e clinica in quanto il medico– libero professionista utilizza le strutture poste a disposizione dalla clinica.

Il contratto di trattamento medico è stato introdotto dalla legge *Patientenrechtengesetz* con relativo articolo novellato § 630a del BGB⁹³, di cui si propone a seguito una sommaria traduzione:

- (1) Il contratto di trattamento obbliga la persona che promette il trattamento medico di un paziente (trattamento) a fornire il trattamento promesso, l'altra

⁹¹ Si pronuncia in tal senso, GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, Madrid, 2005.

⁹² Legge 25 febbraio 2013, «*Patientenrechtengesetz*» (legge sul miglioramento dei diritti del paziente).

⁹³ Il codice civile tedesco.



parte (paziente) a concedere la remunerazione concordata, a meno che un terzo non sia obbligato a pagare.

- (2) Il trattamento deve essere effettuato secondo gli standard professionali generalmente accettati esistenti al momento del trattamento, se non diversamente concordato.

Si ritiene che questo tipo di rapporto contrattuale debba essere incluso nella fattispecie di contratto di servizio⁹⁴ sulla base che il debitore effettua il trattamento «secondo gli standard professionali generalmente accettati esistenti al momento del trattamento, se non diversamente concordato» e non come obbligazione di risultato. Per quanto riguarda l'onere probatorio è bene richiamare l'articolo § 630h che recita:

- (1) Si sospetta un errore del medico curante se si è realizzato un rischio generale di trattamento che era completamente controllabile per il medico e che ha portato a lesioni alla vita, al corpo o alla salute del paziente.
- (2) Il trattamento deve dimostrare di aver ottenuto il consenso ai sensi del § 630d e di aver chiarito in conformità con i requisiti del § 630e. Se l'educazione non soddisfa i requisiti del § 630e, il trattamento può invocare che il paziente avrebbe acconsentito alla misura anche in caso di adeguata educazione.
- (3) Se il medico non ha registrato una misura essenziale richiesta dal punto di vista medico e il suo risultato in violazione del § 630f paragrafo 1 o paragrafo 2 o se non ha conservato la cartella del paziente in violazione del § 630f paragrafo 3, si presume che non abbia preso questa misura.
- (4) Se un medico non era in grado di trattare il trattamento da lui fornito, si presume che la mancanza di capacità sia stata la causa del verificarsi di lesioni alla vita, al corpo o alla salute.
- (5) Se si verifica un grave errore di trattamento ed è in linea di principio suscettibile di causare lesioni alla vita, al corpo o alla salute della specie effettivamente verificatasi, si presume che l'errore di trattamento sia stato la causa di tale lesione. Ciò vale anche se il trattamento ha omesso di raccogliere o garantire in tempo utile un risultato richiesto, nella misura in cui i risultati avrebbero fornito con sufficiente probabilità un risultato che avrebbe dato luogo a ulteriori misure, e se l'omissione di tali misure sarebbe stata gravemente errata.

Riassumendo, la regolazione dell'onere probatorio prevede:

- Una presunzione di errore «quando il danno consegue all'avverarsi un rischio di trattamento dominabile»⁹⁵.
- Una presunzione di responsabilità se il medico non era esente da colpa grave.

A causa dell'aumento progressivo delle cause di errore medico, in Germania, come in molti altri contesti, si sta chiedendo l'introduzione di meccanismi di

⁹⁴ Nella traduzione del rispettivo codice tedesco *Dienstvertrag*, si veda a tal proposito l'articolo § 611 del BGB.

⁹⁵ Responsabilità Medica, n. 2, 2019, Pacini Editore.



«risarcimento» per i danni derivanti dalle prestazioni sanitarie, al fine di alleviare il peso della responsabilità civile che attualmente grava sui medici.

6. CONCLUSIONI

La peculiare situazione analizzata nel seguente articolo merita alcune considerazioni conclusive. A ben vedere, l'analisi della responsabilità medica nel contesto italiano fornisce un'ottima base per riflettere sulle possibili lacune e i possibili miglioramenti anche tenendo conto degli altri sistemi europei in ottica di comparazione. In primo luogo, la Francia sembra adottare un approccio più strutturato con una chiara e netta distinzione tra responsabilità civile e amministrativa: il *discrimen* è rappresentato dall'esistenza o meno di un contratto tra il paziente e il medico. Nel caso in cui il medico sia un libero professionista o lavori all'interno di una struttura privata, la competenza rimarrà del tribunale civile (*Cour de Cassation*) qualora il paziente volesse adire all'autorità giudiziaria poiché il rapporto tra i due soggetti si fonda su un contratto. Ciò non accade con riferimento all'esercente la professione sanitaria che sia un dipendente pubblico poiché in tal caso ne risponderà la struttura pubblica su ricorso del paziente all'autorità amministrativa. Inoltre, il modello francese prevede un sistema di assicurazione obbligatoria gestito dallo Stato con funzione di indennitaria, mediante la creazione dell'Oniam. Di fatto, l'introduzione di tale modello (c.d. no fault) nello Stato italiano presupporrebbe l'obbligo da parte degli esercenti la professione sanitaria e le strutture pubbliche/privata di dotarsi di una copertura assicurativa a tutela dei propri pazienti. In tale prospettiva, la figura del medico occuperebbe uno spazio marginale nell'area della tutela risarcitoria ma solleverebbe alcune problematiche per l'alternatività del metodo indennitario e l'applicazione dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco che garantisce piena tutela al paziente. D'altro canto, in Spagna, la situazione appare più complessa a causa della mancanza di una normativa specifica, con un'incertezza sui termini di prescrizione e sul tipo di responsabilità applicabile. A ben vedere, le principali differenze con il sistema italiano riguardano i diversi termini di prescrizioni della responsabilità civile. Ad esempio, il termine di prescrizione della responsabilità civile contrattuale è di quindici anni, mentre per quella extracontrattuale tale termine è di un anno. In Italia i regimi dei termini di prescrizione sono differenti prevedendo dieci anni per il diritto al risarcimento dei danni *ex art.* 1218, mentre un periodo di cinque anni per il diritto al risarcimento dei danni *ex art.* 2043. Come effetto collegato diventa così difficile per il paziente, nel sistema spagnolo, adire le vie legali per ottenere il risarcimento dei danni in caso di responsabilità extracontrattuale; pertanto, la tendenza comune è quella di allargare l'area delle presunzioni in capo all'esercente la professione sanitaria come nel caso degli interventi di facile esecuzione o comunque interventi da cui ne derivano conseguenze sproporzionate. La Germania, con la sua riforma legislativa del 2013, sembra orientata verso una maggiore protezione del paziente, con un onere probatorio più favorevole e la considerazione di meccanismi di indennizzo dei danni. L'osservazione delle tendenze comuni evidenzia un movimento verso una maggiore tutela del paziente attraverso l'introduzione di sistemi



di «indennizzo» (si veda per esempio il modello c.d. no-fault) e una semplificazione delle procedure legali. Questo suggerisce che potrebbe esserci spazio per una riforma simile anche nel contesto italiano, magari orientata verso un sistema no-fault che assicuri un rapido e adeguato risarcimento per i danni subiti dai pazienti, riducendo al contempo il peso della responsabilità civile sui medici. È chiaro che gli anni della pandemia covid-19 hanno accentuato le sfide legate a questa tematica, la cui complessità sembra in continua evoluzione e capace di suscitare numerosi spunti e riflessioni da parte di giuristi e medici legali. La Legge Gelli-Bianco ha portato con sé più dubbi che innovazioni: indubbiamente se si guarda alle norme inerenti la tutela dell'esercente la professione sanitaria, la Legge Balduzzi sembra offrire una maggiore protezione al medico nei casi di negligenza ed imprudenza qualora la colpa imputabile sia lieve; d'altro canto la Legge Gelli-Bianco potrebbe dare maggiore respiro in tema di responsabilità in caso di imperizia, soprattutto se l'errore si verifica durante una fase operativa e se esiste una linea guida che può essere seguita. Tuttavia, rimane il dilemma su come valutare l'errore in assenza di raccomandazioni adeguate o se le raccomandazioni stesse sono state «mal scelte». In questi casi, anche un medico leggermente colpevole potrebbe essere ritenuto responsabile, come prima o forse anche più di prima. I progressi nel campo della disciplina lasciano quindi spazio a futuri cambiamenti, a ulteriori approfondimenti e a una visione positiva verso una possibile riforma che miri alla ricerca un equilibrio tra la tutela del paziente e la giusta considerazione delle responsabilità professionali dei medici.



COMENTARIO / COMMENT

REINTERPRETANDO LAS RELACIONES FAMILIARES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD*

Amine Vega Pirasteh**

Investigadora predoctoral del Área de Derecho Civil
Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas
Universidad de La Laguna

En el mes de septiembre de 2023 se celebró el Congreso Internacional *Reinterpretando las relaciones familiares a la luz del principio de solidaridad*, en el marco del Proyecto de Investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», del que son investigadoras principales la Dra. Alma M.^a Rodríguez Guitián, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, y la Dra. Pilar Benavente Moreda, profesora titular de Derecho Civil de la misma universidad. El comité científico estuvo formado por ellas, así como por la Dra. Andrea Macía Morillo, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, y la Dra. Susana Espada Mallorquín, profesora de Derecho Civil de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile).

El Congreso se desarrolló a lo largo de tres días, del 27 al 29 de septiembre. Las primeras sesiones tuvieron lugar en la Sede Errazuriz de la Universidad Adolfo Ibáñez y culminó en su Sede Vitacura, ambas en la ciudad de Santiago de Chile. Se celebró bajo un formato híbrido, con asistencia y participación tanto presencial como telemática, asistiendo profesorado experto en Derecho de familia, alumnado predoctoral y profesionales de distintos ámbitos.

* Congreso Internacional desarrollado al amparo del PROYECTO DE INVESTIGACIÓN «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID2019-104226GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. COMITÉ CIENTÍFICO: Dra. Pilar Benavente Moreda, Dra. Alma M.^a Rodríguez Guitián y Dra. Andrea Macía Morillo, de la Universidad Autónoma de Madrid (España), y Dra. Susana Espada Mallorquín, de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile).

** Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación organizador de este Congreso, «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID2019-104226GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que la autora forma parte como miembro del equipo de trabajo. La asistencia presencial a este Congreso fue posible gracias a la concesión de la bolsa de viaje de la Universidad de La Laguna para movi­lidades de profesorado y alumnado de doctorado durante el año 2023, vinculadas a convenios en vigor suscritos con universidades e instituciones educativas del ámbito extracomunitario.



El objetivo principal del Congreso fue exponer los recientes cambios que ha experimentado el Derecho de familia en diferentes ámbitos, tales como las relaciones de filiación y, en especial, la novedosa modalidad de filiación por socioafectividad –que se ha llegado a regular en algún ordenamiento–, la obligación de alimentos y el derecho sucesorio, entre otros. Todo ello analizado bajo el fundamento y razón de ser del principio de solidaridad familiar, eje vertebrador de este importante evento académico. Se contó con representación de reputados juristas de diferentes países –Chile, España, Argentina y México, concretamente–, lo que reforzó con claridad que el Derecho de familia tiene un importante trasfondo común en los distintos ordenamientos jurídicos, no siendo de gran magnitud las diferencias existentes al regular situaciones muy similares.

El Congreso se estructuró de la siguiente manera: tras la inauguración y la presentación del evento, se impartió la conferencia inaugural para pasar posteriormente a desarrollarse en tres paneles que trataban distintas temáticas, todas ellas directamente relacionadas con el principio de solidaridad: en primer lugar, se trató la solidaridad dentro del ámbito personal y patrimonial de las familias y sus momentos de crisis; en segundo lugar, la extensión del concepto de familia por razón de la voluntad y solidaridad –en las que se destacó el concepto de socioafectividad–; y, por último, las diferentes consecuencias de este principio más allá del ámbito de familia estrictamente considerada, tales como el derecho sucesorio y la salud. Tras todos ellos se llevaron a cabo extensos coloquios donde se tuvo ocasión de preguntar a quienes intervinieron y debatir sobre las cuestiones más relevantes.

A continuación, se reseñan someramente las principales ideas y conclusiones de las interesantísimas intervenciones llevadas a cabo, en su mayor parte, por profesorado especializado en Derecho civil y, más concretamente, en el ámbito del Derecho de familia. Todas ellas respetaron los tiempos previstos y el orden recogido en el programa estipulado previamente, lo que produjo en quienes tuvimos la suerte de asistir presencialmente un ambiente de rigurosidad y profesionalidad que, acompañado del incuestionable nivel de las intervenciones y de los novedosos temas de investigación tratados –pero sobre todo, de las interesantes propuestas de reforma–, hiciera que coincidiéramos unánimemente en que asistimos a un congreso de altísimo nivel científico y académico.

I. PRESENTACIÓN Y CONFERENCIA INAUGURAL¹

La decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, la Dra. Isabel Aninat, llevó a cabo la inauguración del Congreso con unas calurosas

¹ NOTA DE LA AUTORA. Se han respetado muchas expresiones y palabras que emplearon literalmente los y las ponentes en sus intervenciones, pese a que las mismas no se utilizan habitualmente en España. Se ha optado por hacerlo así para ser lo más exacta posible con las ideas y reflexiones que se expusieron.



palabras de acogida dirigidas sobre todo a las directoras y a cuantos habíamos acudido presencialmente a su Facultad desde países tan lejanos, reconociendo igualmente el acierto de quienes seguían virtualmente el evento. Sin dilación dio la palabra a la Dra. Rodríguez Guitián, quien, tras dar buena cuenta del proyecto de investigación en el que se enmarcaba el Congreso –recalcando que su temática se asienta en una conexión entre España y Latinoamérica desde sus inicios–, señaló que el reto fundamental a afrontar es la reforma y modernización del Derecho de familia dada la incuestionable evolución de las sociedades en las que se aplican las normas. Asimismo, reflexionó sobre la extensión de las relaciones familiares en la actualidad, así como sobre la ampliación del concepto clásico de familia, que ya incorpora con total normalidad en la actualidad a las familias adoptivas o a aquellas cuya filiación ha nacido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

A continuación, doña Leonor Etcheberry Court, abogada integrante de la Corte Suprema de Justicia de Chile y directora nacional de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Chile), impartió una brillante conferencia inaugural, en la que realizó un balance de cómo el Derecho de familia ha ido incorporando la propia evolución de la realidad social. Apostó por seguir reflejando estos cambios en la normativa, insistiendo en que ha de prestarse especial atención a la regulación actual para su posible revisión y actualización. Expuso también cuál es el concepto de «familia» en el Derecho chileno citando el art. 2.1 de la Ley n.º 21150, que modifica la Ley n.º 20530 y que crea el Ministerio de desarrollo social y familia. Según el citado precepto, se entenderá como familia al núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos. La ponente destacó la unión inseparable entre la palabra familia y los lazos de protección, cuidado y sustento, algo directamente relacionado con la solidaridad que debe existir entre los miembros de la misma. Señaló, igualmente, que el concepto de familia no debe ser estático, sino que debe continuar adaptándose a los cambios sociales, si bien siempre será una tarea compleja darles un lugar a todas las configuraciones familiares, que inevitablemente acabarán teniendo un reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la interviniente llevó a cabo una contextualización de muchas de las temáticas que se abordarían a lo largo del Congreso, tales como la compensación económica, la obligación alimenticia, el derecho sucesorio y la corresponsabilidad, todo ello, en el marco de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Chile. Finalizó la conferencia confiando en que *podamos reescribir las normas a la luz del principio de solidaridad para conseguir una mayor protección de la infancia y de la mujer*, siendo esta frase final muy representativa del espíritu de este congreso internacional, de manera que fue traída a colación por varias ponentes en sus presentaciones, así como en los espacios de debate formales e informales del evento académico.



II. PRIMER PANEL. SOLIDARIDAD PERSONAL Y PATRIMONIAL EN LAS FAMILIAS Y SUS CRISIS

1. «PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR Y OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. UNA REVISIÓN CRÍTICA DESDE EL DERECHO ARGENTINO». PONENTE: DRA. MARISA HERRERA (UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA)

La ponente comenzó esta interesantísima conferencia poniendo de manifiesto el hecho cierto de que principalmente en épocas de crisis económicas surge el debate de la pensión alimenticia, y esto genera, a su vez, debates internos en la familia. En ese sentido, hizo referencia al art. 3 de la Ley 156/2022 «Código de las Familias» de la República de Cuba, donde se recogen los principios que rigen dentro del ámbito familiar, entre otros los principios de solidaridad, socioafectividad y equidad. Seguidamente, pasó a reflexionar sobre la relación de estos tres conceptos. Partió de la base de que el incumplimiento del derecho alimentario genera una afección bidimensional: por un lado, en los derechos de la infancia y, por otro, en los derechos de las mujeres, pues implica el ejercicio de una violencia de género económica contra las mismas. A colación, trajo al debate el equilibrio entre el orden público y la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, planteándolo desde la pregunta de quiénes deben ser responsables de la obligación de alimentos frente a su incumplimiento y cómo influye la solidaridad familiar en la respuesta a esta cuestión.

La Dra. Herrera explicó que, en el derecho argentino, la obligación de alimentos se genera a través de la existencia de vínculo parental/maternal, de parentesco y dentro de una relación de pareja (matrimonial o no), encontrándose la enumeración de este deber en los arts. 537 y 538 del Código Civil y Comercial Nacional Argentino (en adelante, CCCN). Este deber, sostuvo, está atravesado por tres ejes centrales como lo son la vulnerabilidad, la solidaridad y el pluralismo familiar, con los que se apuesta para replantear o reinterpretar cómo se entiende hoy en día la obligación de alimentos y el concepto de familia. En este momento, surgió la pregunta de dónde poner el límite de esta obligación: para la ponente es necesario que el fondo y la forma estén entrelazados, puesto que la obligación de alimentos ya existe desde que hay vínculo, pero no se tiene en la mira hasta que existe un efectivo incumplimiento. Desde esta perspectiva propuso que se ajuste la actuación procesal para que acompañe en esta materia y no sea un obstáculo para la efectividad de este derecho de fondo. En este sentido señaló que en Argentina, ya se emplea el concepto de «actuación procesal reforzada», que incluye instrumentos específicos para los procesos, como lo son facilitar el reclamo alimentario –principio de economía procesal– o tener en cuenta que ha de probar quién está en mejor posición. Seguidamente, explicó que en la obligación derivada de la responsabilidad parental se establecen unos límites de edad del alimentante que, en determinadas circunstancias –como puede ser la continuidad en los estudios–, puede llegar hasta la edad de 25 años. Sin embargo, incidió en que este límite legal podría extenderse, precisamente bajo las premisas del principio de la solidaridad familiar.

A continuación, destacó la importancia de tener presentes la interseccionalidad y la interdependencia de los derechos humanos en esta materia y lo ilustró con



supuestos destacables de la aplicación del derecho argentino. En primer lugar, en Argentina se creó y puso en práctica en agosto de 2023 un índice propio en materia alimentaria, denominado «índice de crianza» o «canasta», que ayuda a visibilizar la cuantía que implican los cuidados y sirve de base para fijar la cuantía de la obligación alimentaria, índice que es acorde a la inflación que existe en el país en cada momento. Igualmente, trajo a colación el art. 553 CCCN, que determina la posibilidad de que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia. Además, mencionó una sentencia en la que se llegó a rechazar que los abuelos asuman la obligación de alimentos por tener una edad avanzada, sopesándose todos los derechos implicados bajo el prisma del cumplimiento del principio de interseccionalidad. Argumentó que, en cambio, existen supuestos en los que se aprueba el reclamo de alimentos a tíos y/o tías en base al principio de solidaridad familiar, al considerarse, en el caso en concreto, que primaba el interés superior del alimentado. Lo mismo ocurre, en ocasiones, con los «progenitores afines» o, incluso, con los «ex progenitores afines».

A modo de conclusión, la ponente puso de manifiesto la utilidad del principio de solidaridad familiar para resolver situaciones «injustas», de tal forma que las personas que no tienen la obligación porque la ley lo establezca puedan llegar a tenerla por afinidad y socioafectividad, aunque esta situación sea subsidiaria e incluso transitoria.

2. «HACIA UNA REVISIÓN DE LAS REGLAS QUE RIGEN EL EQUILIBRIO DE LAS MASAS PATRIMONIALES EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: SOLIDARIDAD O PURO NEGOCIO». PONENTE: DRA. PILAR BENAVENTE MOREDA (UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA)

La exposición de la Dra. Benavente Moreda se centró en un tema ciertamente complejo a la par que interesante: el sistema de compensaciones dentro del funcionamiento de la sociedad de gananciales —es decir, dentro de la economía del matrimonio— y en cómo se gestionan estos reembolsos, refiriendo que tanto las reglas para proceder en las compensaciones en situaciones de crisis matrimonial como la compensación tras la disolución del matrimonio por el trabajo doméstico han de enmarcarse dentro del principio de solidaridad. Asimismo, recalcó la vinculación que existe entre dos de los ordenamientos jurídicos predominantes en las sesiones del Congreso Internacional, el argentino y el chileno.

Tras recordar que en el ordenamiento jurídico español el régimen económico de gananciales goza de una presunción de ganancialidad de los bienes —que no de deudas—, explicó con soltura cómo impera el principio de subrogación real frente a la necesidad de mantener el equilibrio entre las masas patrimoniales, salvo que lo adquirido como privativo se convierta en ganancial, o al revés. En esta circunstancia la profesora expuso de manera magistral la necesidad de dar respuesta a la cuestión de si se debe reembolsar, de qué forma y en qué momento, y de si las reglas a seguir atenderán al principio de solidaridad familiar. En principio, y como regla general, en



situación de desequilibrio se recurre a los reembolsos, incluso de las deudas, siendo una de las manifestaciones de estas reglas la atribución voluntaria por los cónyuges de la ganancialidad de un bien, lo que plantea la cuestión de si, llegado el momento, esto daría derecho a un reembolso al considerarse que esta atribución patrimonial realmente está creando una expectativa económica. Para resolver estas cuestiones, habrá de atenerse a la postura jurisprudencial, dividida en la implicación del principio de solidaridad. Aclaró que la única situación en la que se reembolsan las plusvalías es cuando se realiza una mejora sobre un bien privativo con fondos gananciales, si bien no se reembolsa la aportación realizada sino el incremento de valor que el bien tenga como consecuencia de esta mejora (art. 1359 CC). En el resto de situaciones, el reembolso equivale al valor de la aportación actualizada (art. 1358 CC).

La ponente citó con rigurosidad numerosa jurisprudencia, centrándose en la del Tribunal Supremo con relación a los casos de aportación de fondos privativos de forma voluntaria para adquirir bienes gananciales o en la aportación de fondos privativos en una cuenta o depósito para gastos gananciales (art. 1355 CC). Destacó, en primer lugar, que esta reclamación ocurre, en la mayoría de casos, en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial. En segundo lugar, puso de manifiesto que el acuerdo de voluntades en este sentido desplaza la aplicación del principio de subrogación real, en favor de la ganancialidad. En estos casos sí es posible, a su juicio, el derecho de reembolso, pues solo sería descartable al tratarse de una donación, argumento que no procede porque las donaciones no se pueden presumir. Además, se genera este derecho, aunque el cónyuge aportante no hubiera hecho reserva sobre el carácter privativo de la aportación y de su derecho de crédito frente a la sociedad (es decir, a pesar de que pueda entenderse que durante el matrimonio se creó una expectativa económica).

En sus interesantes conclusiones, la Prof. Benavente Moreda puso de manifiesto cómo el Tribunal Supremo español ha venido entendiendo que las reglas de reembolsos, tal y como están previstas en el Código Civil, suponen un equilibrio de los patrimonios, por lo que el principio de solidaridad familiar realmente se respeta, pero atendiendo, en cierta manera, al principio *rebus sic stantibus*. De esta manera, existiendo el vínculo familiar se parte de que se ha actuado en base a la solidaridad familiar, pero una vez que se produce la liquidación del régimen económico, es posible la reclamación del reembolso sin que suponga un acto insolidario esta restitución al patrimonio individual del cónyuge aportante.

3. «LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO EXPRESIÓN DE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR TRAS LA RUPTURA EN CHILE». PONENTE: DRA. FABIOLA LATHROP (UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE)

La ponente centró su didáctica e interesante intervención en plantear si la compensación económica es o no expresión del principio de solidaridad en la legislación chilena, realizando al efecto un primer acercamiento al concepto de solidaridad en Chile, donde esa se define como *la relación entre personas que participan con el mismo interés en cierta cosa y que expresa la actitud de una persona con respecto a otra*



cuando pone interés y esfuerzo en una empresa o asunto de ellas. La profesora Lathrop criticó esta visión clásica del concepto, pues se trata de un aspecto clave, en el sentido de que el mismo jerarquiza los intereses en grupo y, por tanto, se ven postergados los intereses individuales. En la actualidad existe una línea que defiende que la solidaridad se convierta en un mecanismo corrector de desigualdades familiares, sin potenciarlas. En concreto, en las relaciones de pareja este avance se centraría en alcanzar una igualdad material en el desarrollo de ambos como individuos.

Ciertamente, la compensación económica no está definida si bien tiene un objetivo marcado: compensar un menoscabo económico sufrido. Esta institución opera cuando uno de los cónyuges –como consecuencia de dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común– no pudo desarrollar una actividad remunerada lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo, pero en menor medida de lo que quería o podía (art. 61 de la Ley 19947). Además, con el tiempo se ha descartado que la compensación económica tenga una naturaleza alimenticia o que suponga una indemnización de daño civil. Para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía se tienen en consideración elementos como la duración del matrimonio o de la vida común, situación matrimonial, cualificación profesional, etc.

La ponente manifestó que, con el fin de esclarecer si la jurisprudencia chilena se involucra o no con el principio de solidaridad, había realizado un estudio jurisprudencial de la Corte Suprema de Chile, con el análisis de numerosos fallos, que le llevó a la conclusión de que este tribunal asume que la naturaleza de la compensación económica es restauradora, ya que el objetivo es resarcir económicamente la actitud que tuvo uno de los cónyuges en pro de la familia y que ocasionó la postergación personal. Esto ilustra que esta institución bajo la luz del principio de solidaridad continúa presente postruptura. En cuanto a la postura del Tribunal Constitucional de Chile, la conferenciante manifestó que entiende la compensación económica como una expresión final del deber de socorro y de auxilio mutuo, deber que existe durante el matrimonio. Por ello, tiende a crear *de facto* una igualdad de oportunidades, puesto que al estar presente este mecanismo se puede igualar el punto de partida de la mujer para la vida postmatrimonial. Incluso, dando un paso más, se alega que el incumplimiento injustificado de este deber supone una discriminación omisiva. Añadió la profesora que, cuando entró en vigor la ley mencionada, la compensación económica se justificaba en el trabajo no realizado en el momento del matrimonio por uno de los cónyuges, puesto que en algunos fallos se realizaban basándose en la carrera económica que no se ejerció o que no se siguió ejerciendo. Esta idea tiene su origen en la poca regulación que tiene Chile actualmente sobre el trabajo de cuidados. Recientemente, se ha afirmado desde la disciplina del Derecho de Trabajo y la Seguridad Social que la compensación sí es un reconocimiento indirecto de la existencia del trabajo de cuidado no remunerado y, en consecuencia, de un menoscabo económico sufrido.

Finalmente, la ponente resaltó con exhaustividad que el matrimonio, el acuerdo de unión civil y las uniones de hecho deberían construir formas de promover y proteger las relaciones de cuidado, y que la regulación de estas relaciones afectivas debería garantizar la justicia en el reparto de estos deberes. Recalcó que la compensación económica es expresión de la solidaridad familiar porque compensa



un menoscabo originado en un cuidado que no estuvo equitativamente distribuido, que debería concederse no solo cuando la acreedora se dedica al hogar o al cuidado de los hijos, sino también de personas en situación de dependencia como adultos mayores o personas con discapacidad.

4. «LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO EXPRESIÓN DE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR TRAS LA RUPTURA EN ARGENTINA». PONENTE: DRA. NATALIA DE LA TORRE (UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA)

En la misma línea que la ponencia anterior, la profesora Natalia de la Torre nos acercó al principio de solidaridad familiar en la compensación económica, pero desde la regulación que le da el Derecho argentino. Comenzó su magnífica intervención refiriéndose a la monografía titulada *Compensación económica: teoría y práctica*, de Mariel F. Molina de Juan y Aída Kemelmajer de Carlucci (Rubinzal-Culzoni, 2018), del que se desprenden interrogantes en torno al tema central. Por ejemplo, cuál es el límite del compromiso solidario, o qué sucede cuando uno de los cónyuges posterga sus aspiraciones o su desarrollo personal en pro del proyecto matrimonial sin contrapartida, y, con relación a esta última, si se debe entender que dichos sacrificios se integran dentro del deber de solidaridad familiar. Concretamente, el Derecho argentino prevé mecanismos que operan en dos momentos concretos y distintos: durante la convivencia de la pareja –relacionándolo con el deber de contribución a las cargas del hogar– y en el tiempo posterior a la ruptura –que relaciona con la compensación económica–. Estos dos mecanismos se recogen en el Código Civil y Comercial Nacional Argentino con perspectiva de género porque dentro del deber de contribución se computa, como aportación a las cargas, tanto el patrimonio como el trabajo del hogar. Cuando se produce la ruptura, la compensación económica se configura también desde este prisma, y se entiende como una acción positiva que tiene como objetivo la construcción de una igualdad real en la pareja y gira en torno a la solidaridad familiar. Según la ponente, en el marco del Derecho argentino se regulan unos presupuestos formales y otros sustanciales para el efectivo acceso a la compensación económica. Se centró en la problemática que presentan los formales, en concreto el requisito de la preexistencia de una unión convivencial y cuándo se entiende que se produce el cese de dicha unión –cuestión que afecta directamente al plazo de caducidad de seis meses que se establece para realizar la solicitud de compensación después de dicho cese–. Expuso supuestos prácticos, analizando las posibles soluciones ante esta ambigüedad en el cómputo temporal. No obstante, señaló que no se llega a dar una solución concreta y se atiende a cada caso.

Centrándose en el debate existente entre la relación del plazo de caducidad y el cese de la unión convivencial señaló, con brillantez, que los casos en los que habitualmente se resuelve esta cuestión de una forma determinada son en los que el cese de la convivencia se produce a raíz de una denuncia de violencia de género. En estos supuestos, se toma una medida de prevención urgente, debiendo el hombre irse del domicilio común. Posteriormente, la mujer solicita la compensación económica, pero suele hacerlo una vez transcurrido el plazo de caducidad, por lo que, *a*



priori, no tendría legitimación activa. La jurisprudencia ha concluido que, con estos presupuestos, el plazo continúa siendo de seis meses, pero el punto a tener en cuenta es que lo que ha determinado el cese de convivencia no es un acto autónomo y que la persona está en situación de extrema vulnerabilidad, por lo que no se contabilizaría la caducidad desde entonces. Este debate se ha trasladado al poder legislativo y se han presentado distintos proyectos de ley para regular que, si el cese se ocasiona en el marco de un caso de violencia de género, el plazo comenzaría a correr a partir del cese de la última medida de protección impuesta a la mujer –que es cuando se entiende que no se encuentra en situación de vulnerabilidad–.

Tras realizar un pequeño apunte final sobre los presupuestos sustanciales, la ponente propuso la posible regulación de una institución análoga a la del art. 1438 del Código Civil español, pero no exclusivamente para el régimen de separación de bienes sino para cualquiera.

III. SEGUNDO PANEL. EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA POR RAZÓN DE LA VOLUNTAD Y DE LA SOLIDARIDAD

1. «SOLIDARIDAD FAMILIAR Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA GESTACIÓN SUBROGADA». PONENTE: DRA. M.^a ROSARIO DÍAZ ROMERO (UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA)

La profesora Díaz Romero, basándose en que se debe dotar de seguridad jurídica a la situación actual que envuelve a la gestación subrogada, realizó una exhaustiva revisión del estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español –explorando sus implicaciones éticas, sociales y políticas– y efectuó un análisis de derecho comparado en la materia, destacando los países en los que es legal la gestación subrogada con carácter altruista –como en Reino Unido–. Concluyó que los principios comunes en la regulación de esta materia, tras el análisis comparado, son el interés superior del menor, la protección de la mujer gestante, el principio de autonomía de la voluntad, el principio de altruismo y el principio de solidaridad.

La profesora pasó a continuación a desarrollar rigurosamente y de manera muy didáctica cada uno de esos principios: el principio de autonomía de la voluntad que presenta el consentimiento de la mujer gestante en este modelo de reproducción, salvaguardando los intereses del niño o niña y de la propia mujer, que está a su juicio íntimamente unido al principio de solidaridad con quien quiere hacer realidad este deseo (los padres comitentes o de intención); y el principio de solidaridad, que se manifestaría si la relación posterior entre mujer gestante y recién nacido se permitiera desarrollar en el ámbito familiar, ya que reforzaría el vínculo familiar a la vez que el nacido seguiría permaneciendo en la misma familia, conociendo sus orígenes y con datos esenciales relativos al desarrollo de su salud. Este planteamiento respetaría, a su juicio, lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Recalcó finalmente que el acto de solidaridad se enmarcaría en un hecho altruista, con participación simplemente en los gastos necesarios durante todo el proceso de gestación y alumbramiento.



En esta magnífica intervención se puso de manifiesto que la cuestión de la regulación de esta materia se rodea de defensores y detractores también desde el punto de vista jurídico, posicionándose la ponente a favor de una regulación permisiva de la gestación subrogada fundamentada, eso sí, en los principios expuestos.

2. «REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: ¿DÓNDE RADICA LA SOLIDARIDAD FAMILIAR, EN LO BIOLÓGICO O EN LO VOLITIVO»? PONENTE: HÉCTOR MENDOZA (MÉXICO)

El profesor Mendoza comenzó precisando que en México hay tantos códigos civiles como estados de la República, a los que se suma además, un Código Civil Federal, lo cual supone un entramado legislativo complejo. En estas regulaciones, y en materia de filiación, prima mayoritariamente el factor biológico, unido al principio *mater semper certa est* como base del deber de solidaridad familiar. La única excepción del aspecto biológico es la adopción y, con la evolución en esta materia, comienzan las técnicas de reproducción asistida. A continuación, introdujo la idea de que lo biológico no siempre corresponde con la realidad de parentesco, uniéndola al concepto de *voluntad procreacional*. Este concepto opera en dos sentidos: uno para asumir las obligaciones de solidaridad con los hijos no biológicos y el otro para eximirse de las obligaciones ligadas únicamente a los aspectos biológicos. Está relacionado con la teoría de la intención, siendo un ejemplo claro la donación de gametos, en la que no hay voluntad procreacional, pero sí material biológico, por lo que, si se sigue la línea de solo tener en consideración la biología, se debería cumplir con los deberes de paternidad.

Su investigación en esta materia puso de manifiesto que son cinco entidades de la República las que han dictado disposiciones normativas al amparo de esta teoría, estableciendo que la donación de células germinales no genera ningún parentesco entre el donante y el ser humano resultante de la utilización de dicha donación. Incluso, en una de ellas, la legislación civil incorpora el concepto de *parentesco voluntario* y establece que, en los casos de reproducción humana asistida, a quienes voluntariamente utilicen gametos de terceros se les considerará como padres biológicos del ser humano así nacido.

Concluyó manteniendo que, en el caso concreto de México, el principio de solidaridad se relaciona directamente con la filiación biológica, creando múltiples casos complejos en los que esto presenta una insuficiente regulación y, en muchos aspectos, resulta anacrónica con la realidad actual.

3. «RELACIONES PARENTALES SIN BASE BIOLÓGICA Y SOLIDARIDAD FAMILIAR: ¿UN RELATO POSIBLE?». PONENTE: DRA. ROMMY ÁLVAREZ (UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, CHILE)

La ponente expuso los pros y contras del denominado «parentesco socioafectivo», que, a su juicio, ya forma parte de las distintas configuraciones familiares presentes en la sociedad actual. Por ello, la propia sociedad espera que el Derecho los



reconozca, ya sea modificando la normativa existente o impulsando una nueva, dándole forma con requisitos, presupuestos y consecuencias jurídicas, y, por supuesto, teniendo como eje vertebrador los derechos de las partes involucradas. En este ámbito se consolidan los principios de participación, cooperación y solidaridad. Señaló que, como ya se había expuesto en la conferencia inaugural, el Derecho chileno recoge un concepto amplio de familia, en el art. 2.1 de la Ley n.º 21150, que modifica la ley n.º 20530 y crea el Ministerio de desarrollo social y familia. De esta nueva concepción se desprende que la solidaridad aparece como una característica de la socioafectividad y que se considera una exteriorización de la realidad familiar vivida.

En su intervención, con maestría, la ponente destacó los importantes efectos que esta configuración familiar tiene en el ámbito patrimonial, por un lado, en las necesidades materiales y, por otro, en los aspectos sucesorios. En la primera dimensión, se centró en la responsabilidad alimenticia, y para ello hizo alusión a dos preceptos que de una forma parcial le dan un revestimiento legal a la posibilidad de incluir parientes socioafectivos para hacerse cargo de deberes de alimentos. Por un lado, el art. 321.5 del Código Civil de Chile, que establece que el deber de alimentos también incluye al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada. Por otro, el art. 1740.5, el cual determina como cargas familiares dentro de la sociedad de gananciales *los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez moderar este gasto si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge*. Estas pinceladas de regulación se traducen en una obligación subsidiaria (a falta de maternidad o paternidad biológica) y temporal (solo mientras transcurre la unión familiar, no teniendo cabida en una situación post crisis matrimonial o de pareja). No obstante, con base en el principio de solidaridad que alumbra este tipo de unión familiar, ambos supuestos incluyen la posibilidad de que, si el cambio de situación supone un grave perjuicio al niño, niña o adolescente, se podrá establecer una cuota asistencial.

En cuanto al ámbito sucesorio, la ponente explicó que el sistema chileno no incorpora ninguna hipótesis que se pueda relacionar de forma directa y expresa con la situación de la socioafectividad. En materia de sucesión testada sí se entiende que puede existir sintonía, puesto que refleja la voluntad del causante y se presupone que se van a priorizar las relaciones basadas en socioafectividad. En este marco, para establecer un orden sucesorio basado en lo anterior, la doctrina empieza a tener pronunciamiento al respecto y la ponente destacó la realizada por el profesor Barba², quien separa dos conceptos: la parentalidad socioafectiva judicial y la parentalidad socioafectiva de hecho.

Finalizó su conferencia considerando en todo momento la compleja perspectiva de la protección de la niñez y la adolescencia, afirmando que *la parentalidad*

² Profesor Dr. Vincenzo Barba, catedrático de Derecho Civil. Universidad La Sapienza de Roma (Italia).



socioafectiva es un tema transversal y necesita una adecuación normativa que resguarde la seguridad jurídica y la igualdad.

4. «SOCIOAFECTIVIDAD Y NUEVAS CONFIGURACIONES FAMILIARES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS FAMILIAS DE ACOGIDA». PONENTE: DÑA. ISABELLA BRAVO AGUSTINA (UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, CHILE)

Continuando en la misma línea que la ponencia anterior, la abogada e investigadora Isabella Bravo invitó a reflexionar sobre un tema interesantísimo y de gran repercusión práctica: las nuevas realidades familiares constituidas por un componente social y afectivo, que encuentran cauce en un vínculo de afecto, y cómo afecta en el sistema de familias de acogida en Chile. Pese a que este afecto rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia, los operadores jurídicos han comenzado a plantear que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, ya que el afecto interpela a reconocer vínculos con consecuencias jurídicas que deben ser atendidas. Se habla de nuevas realidades familiares —«nuevas» porque no están reconocidas en el ordenamiento jurídico—, pero realmente siempre han existido.

La ponente resaltó que, si bien no existe ese reconocimiento a nivel positivo, en la práctica estos aspectos sí tienen consecuencias jurídicas en las denominadas familias de acogida, ya que en el sistema chileno el niño, la niña o el adolescente puede llegar a estar incluso cuatro años con una misma familia de acogida, que no puede optar a la posterior adopción de esa persona menor de edad. Frente a esta situación, la ponente se preguntó qué ocurre con esos afectos y con lo que ha implicado hasta el momento la parentalidad por socioafectividad. Citó el art. 71 de la Ley n.º 19968, el cual es sobre medidas cautelares especiales que proceden ante situaciones de vulneración grave de derechos de la persona menor, y establece que *el juez podrá confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza*. Al hilo de esta cuestión, destacó esta última expresión de «relación de confianza», que parece reflejar de forma sutil esta relación de socioafectividad y que se podría entender en la familia de acogida. De hecho, frente a esta situación de falta de regulación y, de la imposibilidad de adopción posterior, muchas familias de acogida se ven en la tesitura de interponer una demanda de cuidado personal como terceros para intentar promover la unificación familiar.

Como conclusión, determinó la necesidad de dilucidar la función del Estado frente a las relaciones que tienen como base el afecto, al entender que se trata de una realidad social no atendida en Chile.



IV. TERCER PANEL. CONSECUENCIAS DE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

1. «CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE AFECTO ENTRE DETERMINADOS FAMILIARES: ¿HACIA UNA PERSPECTIVA FUNCIONAL DEL MODERNO CONCEPTO DE FAMILIA?». PONENTE: DRA. ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN (UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA)

La profesora Rodríguez Guitián comenzó esta interesantísima conferencia aclarando que en el Derecho de familia español prevalece una perspectiva formal del concepto de familia (las normas existentes ligan sus efectos al vínculo de parentesco, ya sea biológico o legal), si bien a nivel doctrinal ya se comienza a proponer un concepto funcional (coexistiendo con el concepto formal). Este avance implica que la familia también tendrá como función principal y básica la faceta afectiva y emocional. Por ello, una de las mayores novedades es la consideración del afecto como noción jurídica, una de las cuestiones que, como se ha visto, tuvo más protagonismo en las sesiones anteriores del Congreso.

A su juicio, el desarrollo de este concepto tiene un sentido positivo y otro negativo, sobre todo en el ámbito de la filiación. En un sentido positivo, estas relaciones basadas en el cuidado y afecto implican la existencia de un adulto con voluntad de comportarse como un progenitor, junto con el efectivo desempeño de funciones similares, lo que genera un vínculo familiar entre dos personas que no lo tienen desde el punto de vista biológico o legal (adopción o filiación derivada de la legislación de técnicas de reproducción asistida), planteándose, igualmente, la diferencia que existe esta parentalidad funcional o socioafectiva y la posesión de estado. La respuesta es que la posesión de estado tiene efectos limitados y esta institución se desplaza cuando existe maternidad o paternidad biológica. En el sentido contrario, en el caso de la parentalidad socioafectiva, no existe esa sustitución, sino que coexisten.

Además, la ponente expuso tres manifestaciones en las que se debilita el elemento biológico frente al psicológico o afectivo: por un lado, estas relaciones de cuidado pueden ser una forma de determinación de la filiación (así es en los ordenamientos brasileño y cubano); por otro lado, es posible que el afecto suponga la base para la asunción del ejercicio de responsabilidades parentales; y finalmente pudieran darse casos en los que constituya la base para el ejercicio de ciertas funciones parentales, sin asunción de responsabilidades inherentes.

En un sentido negativo, la incógnita que se presentó es si posee alguna relevancia jurídica la ausencia de relaciones afectivas o de cuidados entre sujetos que sí tienen un vínculo biológico o legal. Además, analizó esta supresión de la norma jurídica desde las dos direcciones: por parte de los hijos o hijas, y por parte de los progenitores. Desde esta perspectiva y por su relevancia, la ponente comentó dos sentencias del Tribunal Supremo, una más reciente del año 2022 y otra del 2018, en las que este tribunal utilizó el concepto de «abandono» como ausencia de cuidados y afectos, lo cual es no solo un avance en sí mismo en esta cuestión, sino que abre la puerta a si se podría incluso ejercitar, en algunos supues-



tos, una acción de responsabilidad civil por el daño moral sufrido por la falta de afecto paterno-materno.

A continuación, la ponente señaló que es indispensable preguntarse qué consecuencias tendría la falta de afectos o la falta de relación paternofamiliar en el derecho sucesorio (si supone causa de desheredación), en la extinción de la prestación de alimentos o en la revocación de donaciones. Ahora mismo, no existe regulación en el Código Civil español, pero el tribunal Supremo sí ha llevado a cabo una interpretación extensiva de determinados conceptos jurídicos incluidos dentro de las normas que regulan estos tres ámbitos, señalando que aquellos comprenden o el maltrato psicológico o la falta de relación paternofamiliar.

Por lo que respecta al derecho a la supresión de las legítimas, y siendo las causas de desheredación taxativas en el Código Civil español (art. 848), el Tribunal Supremo en un grupo de sentencias, cuyo ponente es el magistrado Orduña Moreno, ha interpretado de forma flexible el art. 853.2.^a CC (*haber maltratado de obra o haber injuriado gravemente de palabra*), incluyendo entre las causas de desheredación el maltrato psicológico, concretamente dentro del concepto de maltrato de obra. No obstante, en otro grupo de sentencias, cuyo ponente es la magistrada Parra Lucán, se afirma que la falta de relación entre ascendientes y descendientes puede constituir causa de desheredación de estos últimos, siempre que concurra una doble condición: si tal falta de relación es imputable al legitimario desheredado y si dicha falta ha generado un menoscabo físico o psíquico de tal entidad en el ascendiente que sea reconducible al maltrato de obra.

Sin embargo, la legislación catalana sí contempla como causa de desheredación *la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario* (art. 451-17 Código Civil de Cataluña), que ha sido objeto de críticas por el uso de conceptos jurídicos indeterminados, por la dificultad de determinar el momento en el que esto se produce, y por cómo demostrar que esta ausencia sea imputable al legitimario. Esta cuestión se enmarca en el debate existente sobre la posible eliminación de las legítimas, por tanto, de optar por conservarse, debería ser con determinadas actualizaciones, como la flexibilización de las causas de desheredación. La profesora Rodríguez Guitián mantuvo que esta reforma implicaría una nueva lectura del principio de solidaridad, como expresión de la dignidad del causante, evaluando el comportamiento que hacia él tienen sus legitimarios.

En cuanto a la extinción de la obligación de alimentos acordada a favor de los hijos o hijas mayores de edad por falta de afecto o relación con el progenitor, y a pesar de ser cuestión habitual en la práctica, la ponente subrayó que en la lista taxativa de causas de extinción de esta obligación (art. 152 CC) en ningún momento se recoge esta situación. Sin embargo, y relacionando la interpretación flexible realizada en el art. 853.2.^a CC con el art. 152.4 CC, el Tribunal Supremo entendió, en su hasta ahora único pronunciamiento, de 2019, sobre la materia, que cabría la extinción si se consigue probar la falta de relación manifiesta entre el hijo o hija y el progenitor y la culpabilidad principal y relevante por parte de los descendientes.

En último lugar, la conferenciante trató el tema de la revocación de donaciones por desafecto familiar. En esta materia, el Tribunal Supremo se planteó si el



maltrato de obra y el maltrato psicológico hacia el progenitor o progenitora que ha donado bienes a sus hijos entra dentro de la literalidad del art. 648.1 del Código Civil español (*También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante*). Sostuvo que sí se pueden integrar como causa de ingratitud, fundamentando su pronunciamiento en fallos anteriores en relación con la interpretación flexible de las causas de desheredación y en una necesidad de adaptación a la realidad social actual, en la que estas conductas son reprobables. En este punto, la ponente planteó si realmente es posible equiparar el tratamiento de la desheredación y el de la revocación de donaciones a estos efectos, concluyendo que es una posibilidad que genera dudas puesto que en el primer supuesto no se tiene que restituir ningún bien al no haber salido del patrimonio del ofendido, y, por el contrario, en la donación ya se ha producido la transmisión de la propiedad del bien. Por otro lado, el art. 648.1 CC se aplica de igual forma a un donatario con vínculo de parentesco con el donante que a cualquier otra persona.

2. «EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN LOS ÁMBITOS RELACIONADOS CON LA SALUD». PONENTE: DRA. ANDREA MACÍA MORILLO (UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA)

La profesora Macía Morillo, experta en el ámbito de la responsabilidad civil médica, trató una temática específica, muy interesante y poco investigada desde la perspectiva que la presentó: la presencia del principio de solidaridad en la faceta de cuidado y apoyo en los ámbitos relacionados con la salud. Tras llevar a cabo algunos comentarios introductorios para situar al auditorio señaló que, aunque existen normas en las que se encuentran rasgos de este principio, estas son escasas. Este poco desarrollo se explica, a su juicio, porque la parte principal afectada en estos casos que pertenecen al mundo sanitario es el paciente, y esto deriva en la concurrencia de otros principios que compiten y se consideran más relevantes, como el principio a la intimidad. Ejemplifican esta situación los arts. 48 y 49 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, referentes al derecho de información y al derecho de no ser informado sobre datos genéticos, donde se restringe el derecho de no ser informado solo cuando dicha información *sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos* (art. 49.2). Es esta la única excepción en la que se prioriza la solidaridad familiar, pues en la mayoría de los casos, se postpone frente a otros principios. Así, en el ámbito de la donación y trasplante de órganos (Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos), se diferencia entre donante vivo o fallecido. En este segundo supuesto, no aparece el principio de solidaridad familiar, al no recogerse la opción de donar a parientes o personas con las que tenga algún vínculo, sino que al asignar los órganos priman principios de criterio médico y de equidad.

Sin embargo, sí está presente la solidaridad familiar en otras normas, como en el art. 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y docu-



mentación clínica. En este precepto, que trata el titular del derecho de información asistencial, se estipula que *serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita*. Realmente, se refleja el referido principio en los casos en los que por un estado de necesidad terapéutica sea desaconsejable otorgar esta información directamente al paciente y estas personas serán a quienes se informe.

3. «LA DESHEREDACIÓN DEL PROGENITOR QUE NO HA PROPORCIONADO ALIMENTOS». PONENTE: DRA. MARÍA ARÁNZAZU CALZADILLA MEDINA (UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, ESPAÑA)

Retomando uno de los temas tratados durante el primer día de Congreso, el impago de la pensión de alimentos, la profesora Calzadilla Medina expuso una situación muy específica: la regulación jurídica existente en España que ampara la desheredación del progenitor por parte del descendiente a quien no proporcionó los alimentos. Habitualmente la doctrina civilista trata principalmente la temática de que la desheredación la lleven a cabo los progenitores y apenas hay estudios que se planteen que sea a la inversa. Obviamente, aclaró, que ello se hará porque son menos los casos que se dan en la práctica.

El supuesto de referencia para estudiar las cuestiones jurídicamente relevantes es el siguiente: una vez que se ha producido la ruptura familiar, se produce un incumplimiento de la obligación de abonar la pensión alimenticia fijada. Posteriormente se produce el fallecimiento del otro progenitor y, consecutivamente, el del descendiente de ambos. Como resultado de esto y en materia de derecho sucesorio, heredaría al descendiente el progenitor sobreviviente, que será precisamente el que incumplió la obligación de prestar alimentos, a menos que el descendiente le hubiera desheredado por ello (art. 854.2.º CC), algo a todas luces muy infrecuente en el caso de hijos o hijas menores de edad o incluso mayores pero jóvenes. Se produciría, por tanto, una situación tremendamente injusta por cuanto el incumplidor de lo más básico (la prestación de alimentos) podría llegar a heredar los bienes no solo ya de su hijo o hija, sino los de su exesposa o expareja, por ejemplo. Señaló que en la actualidad no hay ninguna norma en el Código Civil español que tenga en cuenta, en el momento de la sucesión del descendiente, el incumplimiento de la obligación de alimentos por sí misma, es decir, que no tiene repercusión alguna salvo en el caso de que se haya llevado a cabo la desheredación formalmente. Por ello, planteó como propuesta de *lege ferenda* que podría defenderse la regulación de esta causa de desheredación como una auténtica causa de indignidad (arts. 756 CC y ss.).

Finalmente concluyó su interesante planteamiento señalando que no hay que olvidar que la cuestión de incumplimiento de la obligación de alimentos podría tener lugar en el marco de una situación de violencia y, con la adecuada perspectiva de género, debía relacionarse con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia –y su amplísimo concepto de violencia–. El propio Tribunal Supremo ya ha establecido que dejar de



abonar la pensión alimenticia de los hijos e hijas es realmente una modalidad más de violencia contra la mujer: violencia económica.

4. «DEBERES DE CUIDADO DE LOS ADULTOS MAYORES, SOLIDARIDAD FAMILIAR Y DERECHO SUCESORIO». PONENTE: DRA. SUSANA ESPADA MALLORQUÍN (UNIVERSIDAD DE ADOLFO IBÁÑEZ, CHILE)

La ponente, tras comenzar definiendo con claridad meridiana la solidaridad familiar en sus múltiples dimensiones (como la normativa, estructural, asociativa, afectiva, funcional y consensual), enfatizó la importancia de este principio en la sociedad actual, incluso en estructuras familiares modernas más individualizadas, subrayando la relevancia del cuidado y el apoyo económico. Esta intervención aportó una visión del principio desde las obligaciones de cuidado intergeneracional y su aplicación en el ámbito legal, específicamente en el derecho sucesorio en el contexto chileno. De esta manera, la Prof. Espada trató un tema de máxima actualidad y que constituyó el broche de oro de este interesante Congreso Internacional.

La conferenciante desarrolló la idea de que, dentro del proceso de individualización que experimentan las sociedades modernas, cabría esperar un deterioro del valor de compromiso o de la obligación intergeneracional en favor de una mayor autonomía de los individuos, y, sin embargo, no es o no debía ser de esta forma. Además, el deber de apoyar a la familia encuentra su lugar en el ordenamiento jurídico. Ejemplifican esta cuestión los arts. 223 y 321 del Código Civil chileno. En el primer precepto, se regula la independencia del hijo emancipado, el cual queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. Esta regulación aborda claramente el lugar jurídico que ocupa este deber de cuidado, yendo más allá de un mero constructo de la sociedad y de la moral. Al respecto, destacó la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

El principio de solidaridad familiar, resaltó la ponente, es de radical importancia para poder argumentar el fundamento de la atribución de derechos sucesorios tanto en la sucesión testada como en la intestada y, por ello, ante situaciones de abandono o falta de cuidados de adultos mayores puede ser cuestionable mantener atribuciones sucesorias en favor de quienes incumplen sus deberes familiares de cuidado recíproco. De igual manera, se fundamentan en el Código Civil. En la sucesión testada se propusieron dos posibilidades, recompensar a quien cuida o sancionar a quien abandona. Por ejemplo, si la disposición testamentaria se vincula al cuidado de la persona testadora se entenderá hecha como institución de heredero legatario sujeta a una condición suspensiva potestativa de hechos pasados. En los supuestos en los que se pretende sancionar a quien no cuida, cabría la opción de plantearse para los asignatarios forzosos que la falta de cuidado sea una causa de desheredación, y para los no legitimarios se establecería lo que se denomina «testamentos negativos», los cuales incluyen cláusulas de exclusión de la sucesión intestada.



LAUDATIOS / LAUDATIOS

En memoria de un maestro inolvidable:
Manuel Álvarez de la Rosa

La muerte es una vida vivida, la vida una muerte que viene.
José Luis Borges

Con profunda tristeza y gratitud, las personas que integramos el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Laguna dedicamos estas líneas a la memoria de Manuel Álvarez de la Rosa, un ser excepcional cuya partida deja un vacío inmenso. Manolo para muchos en la Facultad, don Manuel para los más jóvenes, fue un verdadero maestro, que no solo compartió conocimientos, sino que supo cultivar como nadie un ambiente de aprendizaje en el que la curiosidad y el rigor eran fomentados. Su capacidad para inspirar, motivar y superar desafíos se convirtió en un estímulo para el crecimiento personal y profesional de muchos de nosotros.

Nacido el 2 de octubre de 1942 y fallecido el 2 de noviembre de 2023, Manolo dedicó su vida a muchas cosas, al ejercicio profesional de la abogacía, con reconocido éxito en nuestra provincia; a la política práctica, con lealtad siempre a su pensamiento socialdemócrata, que a él le gustaba confesar; a la docencia universitaria de excelencia, antes de que esta palabra se banalizara –detestaba la obviedad y la mediocridad–; y a la investigación jurídico-laboral realizando, como no es fácil hacer, aportaciones atemporales o perdurables en el tiempo. Pero se ocupó también de forjar caminos para otros, dejando una huella imborrable en cada persona a la que tocó con su sabiduría y generosidad. Su contribución a la vida profesional de quienes nos dedicamos al Derecho del Trabajo en La Laguna es incalculable, sus enseñanzas y su orientación han sido definitivas en los logros que hemos alcanzado.

Manolo no enseñaba solo con palabras, aunque le gustara mucho hablar en sobremesas y atardeceres –salvo que la siesta lo reclamara–, para deleite de los convidados, sino también con acciones. Su ética de trabajo inquebrantable, su integridad y empatía dejaron una marca indeleble en todos los que tuvimos el privilegio de trabajar a su lado. Siempre dispuesto a ofrecer su ayuda, sus consejos fueron valiosos faros en momentos de incertidumbre, no había nada que se le resistiera, no existía problema que él no supiera cómo resolver. Su capacidad para liderar con convicción

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2023.40.06>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 40; julio 2023, pp. 147-148; ISSN: e-2530-8319



y cautivar con su elocuencia hizo de él una persona admirada y respetada en todos los círculos en que se movió.

No queremos aquí dar cuenta de su *curriculum vitae*, creemos que son suficientes estas breves pinceladas para dejar constancia de que Manolo era una persona de extraordinaria inteligencia, de personalidad arrolladora, con una calidez humana que aliviaba los momentos difíciles y engrandecía los triunfos compartidos. Su legado perdurará en quienes le conocieron, y su influencia seguirá viva, sin duda, entre nosotros.

En este momento de despedida, queremos compartir no solo la tristeza de su partida, sino también la alegría y el recuerdo de la chispa única de su personalidad. Que su ejemplo siga inspirándonos a ser mejores, a perseguir la excelencia con la misma intensidad y a abrazar la vida con la misma pasión que él lo hizo.

Descansa en paz, querido Manolo Álvarez de la Rosa, tu luz seguirá brillando en el corazón de todos y todas las que tuvimos la dicha de llamarte maestro y amigo.

Area de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la ULL



En memoria del profesor doctor
José Luis Sánchez-Parodi Pascua
Profesor titular de Derecho Mercantil

José Luis Sánchez-Parodi Pascua nació en Cádiz pero vivió prácticamente toda su vida en la isla de Tenerife. Hijo de magistrado de la audiencia provincial de esta capital, a quien adoraba y tenía siempre muy presente, se licenció en Derecho (promoción 1979-1984) y obtuvo la mención de doctor por la Universidad de La Laguna en el año 1988. Comenzó su labor como docente en el área de Derecho Civil aunque muy pronto se incorporó al área de Derecho Mercantil, adquiriendo la condición de profesor titular de esta área de conocimiento en el año 1991. Además de su faceta como docente, ocupó el cargo de secretario general de nuestra universidad durante los años 1993-1995, bajo el mandato de Marisa Tejedor Salguero como rectora.

Por lo que se refiere a su actividad científica, dedicó su tarea investigadora a casi todos los campos de la disciplina jurídico-mercantil, desde su tesis doctoral sobre el *leasing* financiero mobiliario, el estudio de instituciones cambiarias clásicas o aspectos de derecho de sociedades vinculados con la liquidación de sociedades de capital hasta el derecho concursal. De entre ellos, su especial interés por los dos últimos ha hecho que quienes hemos disfrutado de su magisterio hayamos dedicado parte de nuestra labor investigadora a estos temas, disfrutando de tertulias y discusiones jurídicas con nuestro maestro.

El profesor Sánchez-Parodi compaginó durante mucho tiempo su labor docente con el ejercicio profesional de la abogacía, fundando, junto a su amigo Jesús Alonso Hernández, el que se convertiría en uno de los despachos mercantilistas de más prestigio de las islas. Fue magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (1988-1993), ocupó el cargo de director general del Instituto Canario de Administración Pública (1990-1991) y fue vicedecano de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife (2006-2015).

Al margen de su faceta como reconocido jurista, lo que más caracterizaba al profesor Sánchez-Parodi era su calidad humana. A lo largo de este último año se han sucedido distintos actos de homenaje a su figura, dentro y fuera del ámbito universitario, y en todos, sin excepción, se ha destacado no solo su incuestionable valía intelectual, sino, sobre todo, lo gran persona que era.

Su prematuro fallecimiento supone un gran vacío para el área de Derecho Mercantil de la Universidad de La Laguna. Fue un hombre muy generoso, también en lo académico. Si el área de Derecho Mercantil de esta casa ha aumentado su visi-



bilidad tanto dentro como fuera de la Universidad de La Laguna ha sido gracias a él. Siempre recordaremos el impulso que su ejemplo ha supuesto para nuestras carreras profesionales. Confiamos en continuar ese camino y no olvidarnos de sus enseñanzas.

Lourdes MELERO BOSCH
Profesora contratada doctora de Derecho Mercantil





Servicio de Publicaciones
Universidad de La Laguna