

LECCIÓN INAUGURAL

Curso 2025-2026

**Libertad e igualdad  
en la contratación**  
La afectación de derechos  
fundamentales

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

umaeditorial 

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ  
Catedrático de Derecho Civil

**Libertad e igualdad  
en la contratación**  
La afectación de derechos  
fundamentales

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA  
2025

© UMA Editorial. Universidad de Málaga  
Bulevar Louis Pasteur, 30 (Campus de Teatinos) - 29071 Málaga  
www.umaeditorial.uma.es

© José Manuel Ruiz-Rico Ruiz

Diseño y maquetación: Aurora Álvarez. UMA Editorial

ISBN: 978-84-1335-439-2

Publicado en septiembre de 2025.



Esta obra está sujeta a una licencia Creative Commons: Reconocimiento - No comercial - (cc-by-nc): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es> Esta licencia permite a los reutilizadores distribuir, remezclar, adaptar y desarrollar el material en cualquier medio o formato únicamente con fines no comerciales y siempre que se otorgue la atribución al creador.

*A Lola.*

*A mis hijos Lola y Rodrigo.*

*A mis nietos Leonardo, Giulio y Dylan.*

# Índice

INTRODUCCIÓN.....	9
<b>1. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y LA LLAMADA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD O AUTONOMÍA PRIVADA: TODO LO QUE NO ESTÁ PROHIBIDO ESTÁ PERMITIDO Y LA NECESIDAD DEL JURISTA DE DISTINGUIR. SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. El modelo prohibitivo .....</b>	<b>16</b>
1.1.1. La prohibición legal de los contratos relativos a espectáculos de bomberos toreros .....	16
1.1.2. La llamada Ley Trans de 2023 y la prohibición de las llamadas «terapias de conversión», incluso si son de forma convenida .....	19
1.1.3. La prohibición de la maternidad subrogada en la Ley de TRHA de 2006 .....	26
1.1.4. La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo sobre Igualdad efectiva de hombres y mujeres .....	32
1.1.5. Las prohibiciones de transigir del artículo 1814 del Código Civil .....	37
1.1.6. Las disposiciones prohibitivas de disposiciones testamentarias.....	39
1.1.7. Primeras conclusiones sobre el modelo prohibitivo .....	46

<b>1.2. El modelo permisivo.....</b>	<b>50</b>
1.2.1. Derecho a la intimidad y propia imagen: posibilidad de libre autorización o cesión puntual de los derechos, con facultad de revocación libre en cualquier momento .....	51
1.2.2. La normativa sobre extracción de órganos y sobre donación de tejidos, así como la referida a las técnicas de reproducción humana asistida .....	63
1.2.3. El modelo de la normativa sobre eutanasia .....	69
1.2.4. La fórmula relativa a los convenios reguladores en situaciones de crisis matrimoniales .....	73
1.2.5. Los pactos prematrimoniales en España: la inexistencia de normas específicas sobre sus posibles contenidos y el control judicial de los mismos .....	77
1.2.6. Algunas conclusiones sobre el modelo permisivo.....	85
<b>1.3. Conclusiones finales acerca de los dos modelos (prohibitivo y permisivo) .....</b>	<b>96</b>

<b>2. LIBERTAD <i>VERSUS</i> IGUALDAD. EL DESEQUILIBRIO ENTRE PARTES Y LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO. LA NECESARIA TUTELA DE LOS SUJETOS O COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD .....</b>	<b>100</b>
<b>2.1. El origen y el fundamento de la tutela civil     de la igualdad: el principio de igualdad real del     artículo 9.2 de la Constitución española y     su relevancia jurídica.....</b>	<b>100</b>

<b>2.2. La tutela de los colectivos vulnerables.</b>	
<b>La dificultad de delimitación legal de quiénes sean colectivos vulnerables.....</b>	<b>106</b>
2.2.2. Hacia un modelo general de régimen jurídico, aplicable a los distintos colectivos vulnerables: aspectos comunes y aspectos diferenciales .....	110
2.2.2.1. <i>El colectivo vulnerable de los menores de edad como primer modelo de referencia</i> .....	111
2.2.2.2. <i>El colectivo de los consumidores y los llamados «consumidores vulnerables»</i> .....	113
2.2.3. Un supuesto de colectivo vulnerable fallido: el derivado de la reciente normativa sobre vivienda y la llamada vulnerabilidad habitacional .....	118
<b>2.3. Los sujetos en situación puntual de desequilibrio contractual o negocial personas consideradas individualmente vulnerables (cuando no forman parte de un colectivo que lo sea) y los mecanismos dispuestos por el legislador civil para protegerlos....</b>	<b>129</b>
2.3.1. Consideraciones generales sobre los instrumentos protectores.....	129
2.3.2. El «ventajismo» o «ventaja injusta» como posible instrumento de tutela del desequilibrio entre partes. Aspectos positivos y negativos .....	132
<b>2.4. El mecanismo de la nulidad del acto o acuerdo y las alternativas a la nulidad: la facultad de libre revocación o reconsideración del consentimiento prestado, como instrumento básico de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito contractual, como alternativa a la nulidad, y su régimen jurídico...</b>	<b>145</b>

2.4.1. La nulidad no es la solución .....	145
2.4.2. La revocación como instrumento más idóneo. Facultad de revocar y contrato .....	152
<b>3. CLÁUSULAS O ESTIPULACIONES CONCRETAS, DENTRO DE UN ACUERDO O CONTRATO, QUE AFECTEN HIPOTÉTICAMENTE A DERECHOS FUNDAMENTALES (Y NO HAYA ESPECÍFICA REGULACIÓN LEGAL). ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES Y MATRIMONIALES, O CONVENIOS REGULADORES: PACTOS MATRIMONIALES Y CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>165</b>
<b>3.1. Las cláusulas contenidas en contratos de arrendamiento de vivienda afectantes a derechos fundamentales y libertades públicas.....</b>	<b>166</b>
<b>3.2. Pactos prematrimoniales y matrimoniales que contengan estipulaciones singulares referidas a derechos fundamentales o libertades públicas .....</b>	<b>171</b>
3.2.1. Introducción .....	171
3.2.2. Análisis de cláusulas matrimoniales concretas ..	175
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>194</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>199</b>

## Introducción

El Derecho se guía normalmente por principios, reglas o máximas jurídicas que pueden ser aceptadas por la mayoría y que basan muchas veces en la idea del sentido común, o son máximas de la experiencia.

Del conjunto de la normativa de Derecho Civil o derecho Privado en general se deducen dos ideas-fuerza o principios básicos inspiradores del mismo: por un lado, la **libertad**, entendida como expresión de la llamada *autonomía privada*, o capacidad de los ciudadanos de tomar sus propias decisiones personales y patrimoniales y de autonormarse a través de contratos o negocios jurídicos; por otro lado, la **igualdad**, entendida como el freno o contrapeso al principio de libertad, esto es, la necesidad de tutela de los sujetos en situación (puntual o general) de vulnerabilidad, en cuanto el Derecho en general –se dice tradicionalmente– es un instrumento de garantía de los más débiles frente a la fuerza bruta de los más poderosos (física, económica o materialmente).

El Derecho, como ciencia y como instrumento de la vida social, es una materia que no es fácilmente comprensible o accesible para el común de los ciudadanos que no son expertos en él.

Hay una primera regla que ayuda a entender el Derecho y su aplicación, y que muchas personas les sorprende de no-

sotros los juristas. Se trata de algo que les decimos a nuestros alumnos, y que también lo utilizamos en nuestra actividad investigadora: *que en Derecho no todo es generalizable ni absoluto, sino que requiere examinar cada caso y aplicarle unas soluciones específicas, de modo que se hace imprescindible hacer distingos y matizaciones.*

Como dijo hace algún tiempo un conocido profesor (MIQUEL GONZALEZ) parafraseando a Luis Aragonés, entrenador que fue de la Selección española de fútbol: «*En el Derecho todo es distinguir, distinguir, distinguir y luego otra vez volver a distinguir*». Con esto se expresa la idea de que, en Derecho, no hay verdades absolutas, ni criterios totalmente generalizables y, cuando surge una disputa jurídica, los hechos y circunstancias pueden ser diferentes de otros, y el momento de su aplicación también puede condicionar el resultado, por lo que no siempre se deben utilizar las mismas recetas o las mismas soluciones o pautas. Es decir, que, en cuestiones jurídicas, hay que huir de las soluciones simples cuando nos enfrentamos a cuestiones de orden social o personal que suelen ser complejas, por estar precisamente en juego aspectos esenciales de la vida y el patrimonio de las personas, quienes merecen el máximo respeto, o en juego los intereses de la sociedad misma.

Veamos ahora con detalle los dos principios antes reseñados.

# **1. El principio de libertad y la llamada autonomía de la voluntad o autonomía privada: todo lo que no está prohibido está permitido y la necesidad del jurista de distinguir. Su conexión con los derechos fundamentales y libertades públicas**

Para desarrollar este primer principio, debemos partir de una conocida regla o máxima jurídica que rige todo el Derecho, y en particular el Derecho privado, como Derecho que regula las relaciones de particular a particular, que debemos resaltar. Es la siguiente:

*«Todo lo que no está prohibido, está permitido».*

Es una máxima que explicamos a nuestros alumnos el primer día de clase de la asignatura, en primer Curso, y la seguimos utilizando el último día del último Curso de la Carrera de Derecho.

Curiosamente, la hemos vuelto a ver recientemente, en un ámbito en el que no es frecuente su utilización, como es el Derecho público y el Derecho Constitucional, con la Ley de Amnistía y las resoluciones del Tribunal Constitucional. Incluso en ese ámbito, donde rigen principios algo diferentes de tutela de intereses generales y de reglas imperativas, se usan parámetros

en cierto modo «privatistas»: no estando expresamente prohibidas en la Constitución las amnistías, aunque sí los indultos generales, el legislador es libre de desarrollar una normativa de este tipo, porque no hay una prohibición explícita (*Sentencia Tribunal Constitucional Pleno de 26 de junio de 2025*).

Nos vamos ahora a ocupar de desentrañar brevemente esta conocida expresión jurídica (todo lo no prohibido, está permitido).

Por lo pronto, esta máxima jurídica hay que contrastarla, y a la postre, seguramente tendremos que matizarla, y distinguir diversas situaciones y casos. Así, veremos a continuación cómo resulta procedente poner en cuestión justamente lo que es objeto de prohibición legal, esto es, preguntarnos si es razonable y adecuado para nuestra sociedad mantener esas prohibiciones legales, y si no sería preferible optar por la permisividad de las conductas prohibidas, en el sentido de aceptar su licitud, aunque poniéndoles algunas determinadas cortapisas o exigencias. Por el otro lado, la necesidad de nuevo de distinguir nos llevará a plantearnos si aquello que está de momento permitido, no debería ser objeto de prohibición o de delimitación, o al menos de mayor control por parte del Estado o de los Tribunales, en tanto se trate de relaciones o ámbitos sociales donde es frecuente que exista una situación de desequilibrio entre las partes implicadas.

Esto que planteamos creemos que debe ser comprobado en un campo donde es cada vez más frecuente que surjan múltiples dudas y debates a nivel social o a nivel jurídico. *Nos*

*referimos al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, y los actos, contratos y negocios jurídicos donde los mismos se ponen en juego.*

Entendemos, como punto de partida, que existe muy probablemente una neta diferencia entre la tutela que el Ordenamiento jurídico concede a los actos o negocios jurídicos cuyo objeto sea, entre otros, una autolimitación o renuncia puntual a un derecho fundamental, o a un principio constitucional básico (sobre todo, dignidad, y en su caso también, igualdad), y aquellos en que no se pongan en juego este tipo de derechos, pero donde existan alguna forma de lesión de reglas de orden público o de otros fines en principio socialmente reprobables.

La especial naturaleza de estos derechos fundamentales, en el sentido de ser inherentes a la persona y su consiguiente irrenunciabilidad e indisponibilidad, hasta el punto de hacer inviable cualquier suerte de vinculación permanente o duradera respecto de terceros, haya o no una retribución o contraprestación por ello, así como su específico régimen jurídico civil y procesal, deben implicar también un singular tratamiento de la autonomía privada cuando se pongan en juego este tipo de derechos o bienes constitucionales. Veremos en adelante si este planteamiento encuentra o no confirmación, y en su caso en qué modo.

Suele ser habitual que el legislador se muestre muy permisivo y poco restrictivo o prohibitivo en materia patrimonial o económica, y que lo sea bastante menos cuando se ven afectados aspectos de índole personal o familiar. En este últi-

mo campo, que es amplísimo, y que se mezcla con frecuencia con cuestiones patrimoniales, son cada vez mayores las dudas y cuestiones que se van suscitando, en una sociedad que se encuentra muy desarrollada en la tutela de la individualidad y de la vida personal y privada de sus ciudadanos.

No vamos a entrar en este momento en la cuestión polémica de la llamada *Drittwirkung*, o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, aunque no se puede prescindir de ella.

Al respecto, es conocido el origen germano del término, siendo sobre todo en Alemania y Francia donde se ha planteado más explícitamente a nivel de jurisprudencia civil y de jurisprudencia constitucional los casos más conocidos, y que han influido en el resto de países europeos. La discusión ha girado casi siempre alrededor de la eficacia mediata (*mittelbare*) o inmediata (*unmittelbare*) de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. En España ha sido también muy amplia la polémica, en la que han intervenido grandes juristas, aunque sin una posición mayoritaria<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Al respecto, han de ser citados forzosamente los siguientes autores, por su aportación al debate sobre la *Drittwirkung*, en España y fuera de España: GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, ed. Civitas, Madrid, 1986; LOPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990; más recientemente, LOPEZ AGUILAR, «Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General de Notariado 2012, pág. 1 a 48.; ALFARO AGUILA.-REAL, J., «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, año 1993 vol 1; BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos*

Nosotros no vamos a entrar en esa polémica, en buena medida ya resuelta a favor de la eficacia directa. Por el contrario, nos vamos a centrar en el impacto que, dentro de los contratos y negocios jurídicos privados en general, tienen los derechos fundamentales y libertades públicas, y los principios constitucionales, para examinar el juego (o no) de las reglas generales de la nulidad (de pleno derecho), y si la afectación de uno (o varios) derechos fundamentales de un sujeto dado, con la celebración u otorgamiento de un contrato, acuerdo o negocio jurídico en general, constituye –y en su caso, de qué modo– un

---

*fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. por M. Albaladejo)*, Tomo I, Vol. 1 (Arts 1 a 7 CC), Madrid, 1992, pág. 776 ss.; CRUZ VILLALÓN, P., «Derechos fundamentales y Derecho Privado», en el libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999; NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000; VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; DE VEGA GARCÍA, P., «En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Ed. Tecnos, 1997, pág. 339 ss.; FLUME, W., *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil. Tomo segundo*, 4.ª ed. no modificada, traducción de J. M.ª Miquel y E. Gómez calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998; MAURIN, L., «La conciliazione ragionata tra diritti fondamentali e il contratto privato», en *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali (A cura di Guido alpa e Giuseppe Conte)*, pág. 279 ss.; NIPPERDEY, «Diritti fondamentali e diritto privato», en *Diritti fondamentali e diritto privato nell'ordinamento sociale civile (AA.VV.)*, trad. De Pasquale Femia, Ed. Scientifica, Napoli, 2018.

límite a la autonomía privada, o si más bien debemos recurrir a una pautas específicas y diferenciadas respecto de cualquier otro posible supuesto de vulneración o lesión del orden público, o bien de la moral, o de la ley en general.

Retomando la cuestión de lo que está prohibido o permitido en este ámbito, podemos decir que, en este campo amplísimo de la vida privada y familiar de los sujetos, se perciben en nuestra legislación dos posibles modelos: el modelo prohibitivo y el modelo o modelos permisivos, sin que se pueda deducir una preponderancia de uno sobre el otro (lo cual demostraría que el legislador no tiene nada claras las pautas que deben seguir en este campo):

### **1.1. El modelo prohibitivo**

Veamos algunas de las normas o disposiciones legales que contienen alguna regla de carácter prohibitivo, y su problemática. Se trata de casos bastante conocidos, en muchos casos de normas recientemente promulgadas por parte de un Gobierno y una mayoría parlamentaria que se dice progresista (se dice incluso que el más progresista desde que existe la democracia):

#### **1.1.1. La prohibición legal de los contratos relativos a espectáculos de bomberos toreros**

Empecemos por un supuesto un tanto colateral, pero que resulta muy significativo, por cuanto conecta con el primero de los casos en que históricamente se presentó la discusión

sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas<sup>2</sup>.

Existe una norma legal del año 2023 que ha dado un tratamiento restrictivo a estas actividades de espectáculos públicos de bomberos toreros, cuando menos en los casos en que son las Administraciones públicas quienes pueden pretender contratarlos. Se trata de la *Ley 11/2023, de 8 de mayo, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*. Su *Disposición final quinta* modifica el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en el siguiente sentido:

Se procede a modificar el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en el que se introduce una nueva Dis-

---

<sup>2</sup> Nos referimos al conocido caso llamado vulgarmente como el caso del «lanzamiento del enano», planteado ante los Tribunales franceses, que resolvió declarar la nulidad del contrato suscrito por persona aquejada de enanismo con una empresa de espectáculos en el que se lanzaba por los clientes al enano en una competición por ver quien lo arrojaba más lejos, que fue instada por el responsable municipal con la oposición explícita del sujeto afectado, quien pretendía se declarase la validez y eficacia de lo contratado.

posición adicional, decimotercera, con la siguiente redacción:  
Disposición adicional decimotercera. No discriminación de personas con discapacidad en espectáculos públicos y actividades recreativas.

1. Las personas con discapacidad participarán en los espectáculos públicos y en las actividades recreativas, comprendidos los taurinos, sin discriminaciones ni exclusiones que lesionen su derecho a ser incluidas plenamente en la comunidad.
2. Quedan prohibidos los espectáculos o actividades recreativas en que se use a personas con discapacidad o esta circunstancia para suscitar la burla, la mofa o la irrisión del público de modo contrario al respeto debido a la dignidad humana.
3. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán políticas, estrategias y acciones públicas, en cooperación con las organizaciones representativas de este sector social, para que las personas con discapacidad que laboralmente se han desempeñado en espectáculos y actividades a las que se refiere el apartado 2 de esta disposición puedan transitar e incorporarse a ocupaciones regulares.

La razón en la que se funda esta prohibición es la protección de los sujetos con discapacidad, a quienes explícitamente pretende proteger el legislador.

La crítica a esta medida prohibitiva tiene manifestaciones diversas.

Así, en primer lugar, esta medida legal protectora de las personas con determinadas discapacidades físicas, resulta muy llamativa, ya que *en buena medida viene a chocar frontalmente con el principio básico de autonomía total o casi total concedida a las personas con discapacidad por la reciente Ley 8/2021,*

en orden a tomar sus propias decisiones de forma válida e inimpugnable.

Por otro lado, la citada norma de la Disposición final quinta, en realidad, no ha procedido a una prohibición total y absoluta de esos espectáculos, sino que la misma sólo afectará a los poderes públicos que pretendan contratar este tipo de espectáculos, que se consideran denigrantes, o a la posible utilización por corporaciones públicas para no conceder autorización del espectáculo<sup>3</sup>. Resultará, sin embargo, lícita en principio la contratación de estos espectáculos a nivel particular.

Por otro lado, la licitud del espectáculo se cumplirá en tanto –como dice la norma– *no se suscite en ellos la burla, la mofa o la risa del público*, de forma que pueda considerarse atentatoria de la dignidad de esas personas. Por tanto, se pueden hipotéticamente celebrar contratos válidos, a pesar de la pretensión aparente del legislador de prohibirlos, mientras se cumpla esta exigencia (lo cual resulta bastante complicado de valorar por parte de un juez). Ya se verá qué aplicación hacen los Tribunales de esta norma, cuando se produzca algún conflicto de intereses (seguramente lo habrá, puesto que los afectados quieren en su mayoría seguir desplegando estos espectáculos).

---

<sup>3</sup> En este caso, la normativa está incompleta, pues no se regulan las posibles sanciones administrativas si se vulnera la prohibición.

### 1.1.2. La llamada Ley Trans de 2023 y la prohibición de las llamadas «terapias de conversión», incluso si son de forma convenida

Dentro de este examen de los textos legales que recogen normas prohibitivas de vínculos contractuales por afectación presunta de derechos fundamentales o del principio de dignidad, nos adentramos en un terreno pantanoso como es el de las llamadas «terapias de conversión» y los acuerdos por los que una persona decide encargar a otra (en principio, especialista en el ámbito de la psicología, psiquiatría o medicina en general) que le practique alguna de estas terapias con el fin de intentar «reconducir» una determinada orientación sexual que no se correspondería con la biológica.

En esta dirección debemos situar el art. 17 de la llamada «Ley Trans» o **Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI**, el cual dispone de forma contundente:

Artículo 17. Prohibición de terapias de conversión.

*Se prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, incluso si cuentan con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal.*

La norma resulta especialmente llamativa, en cuanto, aun siendo razonable la prohibición en general, no se entiende bien que se prohíba la celebración de acuerdos o contratos con en-

tidades privadas o públicas a iniciativa del propio sujeto afectado, en tanto éste manifieste con total libertad su decisión de «intentar» someterse a estas prácticas voluntariamente. En este sentido, es imaginable la situación de una persona que tenga dudas y quiera experimentar por propia decisión este tipo de prácticas, y comprobar a dónde le pueden llevar. Frente a ello, la norma legal establece una radical prohibición y, por tanto, en principio, la nulidad de pleno derecho, a efectos civiles, de cualquier tipo de acuerdo o consentimiento unilateral de la persona para recurrir a esta clase de experiencias, en aplicación de las reglas generales sobre nulidad contractual o negocial.

Las objeciones vienen a continuación.

Así, en primer lugar, en relación a su verdadero alcance jurídico, no se sabe con exactitud si la prohibición supone un mandato legal con efectos denegatorios *a nivel administrativo* de la oferta pública de estas prácticas, con las consiguientes sanciones administrativas en caso de apertura o uso de estas actividades, o si tiene también un alcance de orden civil, en cuanto a la prohibición de contratos o negocios al respecto, con aplicación de los arts. 6.3 y 1255 CC.

Es probable que en la mente del legislador estuviera cuando se aprobó la norma esta extensión al ámbito de la contratación civil, dado que, hasta ese momento, hay normas de diversas CC. AA. que lo que hacían era prohibir a los médicos y centros sanitarios recurrir a estos tratamientos. Parece que la ley estatal ha pretendido ir un poco más allá, incluyendo el ámbito de las relaciones privadas.

Por otro lado, como crítica adicional, resulta bastante sorprendente que, siendo persona mayor de edad y sin discapacidad, y no estando en situación de presión familiar o social, se impida que el sujeto intente recurrir libremente a estas prácticas, y las contrate con otros sujetos, presuntos especialistas.

Frente al modelo español, en Alemania, por ejemplo, estas prácticas «de conversión» están permitidas entre personas mayores de edad en tanto no haya habido coacción. La llamada *Ley de Protección contra los Tratamientos de Conversión* (o *Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen*), de 12 de junio de 2020, prohíbe cualquier «tratamiento» realizado en seres humanos «con el objetivo de cambiar o suprimir la orientación sexual o la identidad de género autopercibida» en personas menores de 18 años, o en personas mayores de 18 años cuyo consentimiento haya sido obtenido mediando falta de voluntad o coacción<sup>4</sup>.

El modelo alemán resulta a nuestro juicio más razonable, en cuanto no excluye la decisión de un sujeto con plena capacidad jurídica de someterse, en ejercicio de su libertad de deci-

---

<sup>4</sup> Dice literalmente el § 2 de dicha Ley lo siguiente:

«(1) *Es ist untersagt, eine Konversionsbehandlung an einer Person durchzuführen, die unter 18 Jahre alt ist.*

(2) *Bei Personen, die zwar das 18. Lebensjahr vollendet haben, deren Einwilligung zur Durchführung der Konversionsbehandlung aber auf einem Willensmangel beruht, ist eine Konversionsbehandlung ebenfalls untersagt.* (El tratamiento de conversión también está prohibido para las personas que hayan cumplido 18 años, pero cuyo consentimiento para realizar el tratamiento de conversión se base en una falta de voluntad»).

sión en el ámbito de su integridad física (art. 15 CE), en tanto se haga con la suficiente libertad y sin coacciones externas.

Ciertamente, existe una dificultad, desde la perspectiva civil, de acreditar, que no se ha producido una situación de presión (familiar o de otro tipo) que haya condicionado la decisión, aun siendo tomada por un mayor de edad. Además, en segundo lugar, existe el peligro de que el sujeto particular se ponga en manos de personas que no tienen adecuada cualificación, con un más que probable riesgo para su salud e integridad física.

Seguramente esas razones son las que laten debajo de esta aparentemente radical prohibición legal de la norma española, incluso por encima del propio consentimiento del sujeto afectado, a saber: que el dato estadístico arrojaría el resultado de que, seguramente, en un número elevado de casos, se habrá producido algún tipo de coacción (familiar o del entorno social, o dentro de una organización religiosa o ideológica de la que forme parte). Además, puede latir bajo la prohibición la convicción del legislador de que, incluso si se aceptasen estas prácticas con el consentimiento de la persona implicada, se produciría en todo caso –ante la prohibición expresa de que intervengan profesionales sanitarios– un grave riesgo de ser tratado por sujetos carentes de la formación o preparación necesaria para hacerlo, y por tanto de causar lesiones físicas o psíquicas de relevancia, o irreversibles.

A pesar de todo, habiendo un consentimiento consciente y libre de la persona afectada, y habiendo riesgos de lesionar la integridad de la misma, la prohibición legal de estas activida-

des no va a traer consigo una erradicación total de las mismas, lo que ocasionará la duda de la efectividad de las consecuencias jurídicas derivadas del uso material de estas prácticas. Máxime si el legislador no acompaña esa prohibición de una serie de sanciones administrativas o penales importantes y efectivas.

Yendo un poco más allá, no debemos descartar una interpretación de la norma en el sentido de anteponer la tutela de los derechos fundamentales (integridad física, salud) o los valores constitucionales básicos (por ej., dignidad), al propio pacto. Es decir, es posible que el legislador esté haciendo en esta norma un pronunciamiento de mayor calado, en el sentido de mostrarse claramente a favor de la *superioridad de los derechos fundamentales* sobre los posibles pactos de renuncia o autolimitación de los mismos, cuando menos en casos de esta naturaleza. Ello en lugar de la lectura tradicional contraria, es decir, la que considera que la autonomía privada es lo prevalente, sólo que estará «limitada» por el orden público y por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

De este modo, más que un supuesto de nulidad contractual por contrariar el orden público, estaríamos aquí ante una serie de situaciones en las cuales, aun siendo imaginable que los particulares concierten con presuntos «especialistas» este tipo de tratamientos, sus estipulaciones no serán técnicamente vinculantes, dado que ello no impedirá a esos usuarios cambiar de opinión y recuperar su situación anterior, deshaciendo lo acordado. Esto se conecta justamente con la falta de previsión de sanciones para estas conductas, ni administrativas, ni

tampoco civiles, incluyendo la propia de la nulidad, a la que no se alude explícitamente en la norma. Se estaría, pues, reconociendo que los poderes públicos no podrían impedir que de forma voluntaria un sujeto se sometiera a estas prácticas, pero sí estaría abriendo la puerta a la improcedencia de la otra parte de exigir la continuación del tratamiento y el cobro en su caso de la remuneración pactada, en cumplimiento teórico de lo acordado, cuando el titular del derecho fundamental hubiera expresado su negativa a seguir con el mismo<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Recientemente se ha presentado ante el parlamento una Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, presentada por algunos grupos políticos afines al actual Gobierno (Grupo Parlamentario Mixto, Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu, Grupo Parlamentario Republicano y Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR), de llevar más allá esta prohibición actual, de alcance estrictamente civil y administrativa, y encajarla en el ámbito del Código penal, buscando castigar penalmente las terapias de conversión. Se trata de la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para castigar la práctica de terapias de conversión y garantizar la protección de las víctimas. En ella se afirma entre otras cosas:

«...Los bienes jurídicos protegidos por esta norma propuesta serían la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (que, tal como ha señalado el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 99/2019, de 18 de julio, abarca el derecho a la identidad sexual y de género), *así como el derecho a la integridad física y moral*. De los tres bienes jurídicos mencionados, *el único que goza de disponibilidad limitada es el último, siempre y cuando sean sus titulares personalísimos los que con su consentimiento obtenido en los términos antes expuestos, desplacen o mitiguen la responsabilidad criminal. Ni la dignidad humana ni el libre desarrollo de la personalidad pueden ser disponibles y, han de prevalecer ante la decisión –tomada mediante engaño– de someterse a «terapia de conversión» para vivir o ser una persona cisheterosexual*».

Ya se verá si fructifica esta iniciativa, y cómo se traduce a nivel legal ese hipotético nuevo tipo penal.

### 1.1.3. La prohibición de la maternidad subrogada en la Ley de TRHA de 2006

Los anteriores supuestos nos llevan casi inexorablemente al asunto más peliagudo y problemático a nivel social, como es la prohibición legal de la maternidad subrogada. Estamos ante el más claro ejemplo de modelo legal prohibitivo fundado en la tutela de los derechos fundamentales, o la tutela de la dignidad personal, en el ámbito contractual, y nos remite al conocido art. 10.1 de la vigente Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 (que ya estaba vigente desde el año 1988, con la primera Ley de TRHA), que declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada<sup>6</sup>:

La razón de base de la prohibición, se ha dicho siempre, se halla en la presunta afectación de la dignidad de la mujer gestante (aparte de en la necesidad de proteger el interés del menor nacido por estas técnicas).

¿Realmente es así? ¿Cómo juega aquí la pugna o disputa entre dignidad y autonomía privada? ¿Dónde se coloca la libertad sexual de la mujer gestante, que ha sido reconocida

---

<sup>6</sup> Dispone el art.10 de la LTRHA:

*Artículo 10. Gestación por sustitución.*

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

de forma explícita en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional español?<sup>7</sup>

Aunque han sido muchas las posturas y opiniones de juristas sobre esta prohibición, y son también muchos los aspectos o ángulos desde los que analizarla, nos preocupamos de hacer sólo en esta sede un par de observaciones críticas que nos parecen importantes<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Debemos preguntarnos además en este campo una serie de cuestiones que nos parecen relevantes respecto de la aplicación de esta normativa. Por ejemplo, la de quién estará legitimado para ejercitar la acción declarativa de nulidad del acuerdo, y si lo estará la parte que teóricamente se ha aprovechado de la madre gestante, o si lo estarán terceros distintos de las propias partes, por ejemplo, un familiar de la madre, o las Administraciones públicas o el Ministerio fiscal. Otra cuestión relevante es la de cómo resolver por parte del legislador el asunto de las consecuencias derivadas de la prohibición legal; es decir, si ya se han producido efectos entre las partes, ¿qué hacer con ellos? ¿Debería obligarse a las partes a devolverse todo lo recibido? Si es así, debemos pensar en la conducta de quien se ha visto afectada en su «dignidad» y el deber de devolver una cantidad de dinero que podría ser importante: ¿no induce ello a no impugnar o a hacer todo lo posible por mantener lo pactado? ¿No acaba siendo contraproducente una nulidad absoluta y una total ineficacia de lo pactado, dado que, en principio, la madre gestante tendría que devolver (incluso con intereses) todo lo recibido? ¿No acabarían estos efectos condicionando su conducta y por tanto, a la postre, su derecho constitucional mismo?

Es evidente que el texto del art. 10 de la Ley de TRHA de 2006 no da una respuesta concreta a estas cuestiones, por lo que en principio remitiría a las normas generales del Código civil, siendo dudosa la aplicabilidad de preceptos legales como los artículos 1305 y 1306 CC, sobre contratos con causa ilícita.

<sup>8</sup> Véase, a título de ejemplo, con perspectivas muy divergentes entre sí, VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, ed. REUS, Madrid, 2015; BALAGUER, M. L., *Hijas del mercado. La maternidad subrogada en*

La primera es la siguiente: que *la citada norma del art. 10.1 LTRHA seguramente no encaja bien en el espíritu global del conjunto de dicha Ley*. Como sabemos, la preocupación de nuestro legislador no ha sido resolver los problemas de posible infertilidad de la pareja o de la mujer, sino dar cauce a la expectativa de colmar las aspiraciones de maternidad de la mujer, otorgándole *un derecho general a la procreación*, y de ahí el que se haya admitido legalmente supuestos dudosos desde la perspectiva de la tutela de los intereses del hijo nacido, como son la fecundación artificial de la mujer soltera o de la mujer viuda, o la inseminación o fecundación heterólogas (esto es, con material genético total o parcialmente ajeno a la pareja que recurre a estas técnicas).

Sin embargo, el legislador, al prohibir la maternidad subrogada, ha dejado en buena medida de lado esta finalidad, y ha antepuesto la idea de dignidad de la madre gestante al llamado derecho a la procreación. De ese modo, ha acabado impidiendo la posibilidad de que esta técnica o fórmula pueda ser utilizada en casos de infertilidad de la pareja.

Piénsese, por ejemplo, en la mujer que, por las razones que sean, no puede gestar, aun siendo fértil (o incluso no siendo fértil). La Ley le cierra completamente el paso a una solución

---

*un Estado Social*, Ed. Cátedra, Univ. Valencia, 2017; DIAZ ROMERO, M. R., *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018; LAZARO GONZALEZ, I. E. (Coord.) *La gestación subrogada; una mirada multidisciplinar*, Sepin, 2023.

de este tipo. Dicho de otro modo: la Ley podría perfectamente haber admitido la maternidad subrogada como medio de solventar este tipo concreto de problemas de infertilidad, de mujeres incapaces de gestar (pero sí de producir óvulos), o incluso de mujeres incapaces de ambas cosas, o en general de parejas uno de cuyos miembros sea infértil y no sean posibles las otras técnicas, al margen de que el acuerdo que se celebrase entre la pareja comitente y la madre gestante fuese oneroso o gratuito (como se propuso en su momento por el extinto Grupo parlamentario de Ciudadanos, que se limitaba a admitir esta técnica sólo cuando hubiese gratuidad).

Ello lleva a la segunda objeción de la prohibición legal. Nos referimos al hecho de que la norma cierra la puerta igualmente a la aspiración (natural) de paternidad de las parejas homosexuales masculinas, quienes, en su afán de ser padres y tener descendencia, no tienen ningún otro modo de desplegar un «derecho a la paternidad», y de lograr ese objetivo material de ser materialmente padres (si es posible biológicos, alguno de los dos miembros), si no es mediante la participación de una mujer gestante a través de la maternidad subrogada<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Véase el trabajo reciente de TORRES PEREA, J. M. de, «Gestión subrogada y paternidad homoparental: una revisión crítica del marco jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2025 (en prensa). También GARCÍA ALGUACIL, M. J., «*¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial? A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014*», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 2, N.º 3 (junio), 2014, págs. 79-110.

Quizás el legislador futuro se deba hacer eco de esta aspiración, perfectamente comprensible, y que respondería a esa mismo «derecho a la procreación» que está en la base general de la LTRHA de 2006. No se olvide que la situación actual ocasiona una importante discriminación legal, en ese camino a la «procreación», que el legislador debería atender de alguna forma. Como referencia comparativa, piénsese en el paso que se dio por el Parlamento español hace ahora 20 años, en el año 2005, al reconocer el matrimonio homosexual como una aspiración vital considerada digna de protección jurídica, con fundamento implícito en la prohibición de discriminación<sup>10</sup>.

Por último, pensando en posibles alternativas, la protección de la madre gestante y de su dignidad, que como hemos dicho constituye el fundamento primero de la prohibición, podrían hipotéticamente ser satisfechas, admitiendo la maternidad subrogada, dentro o fuera del territorio español, pero disponiendo distintos instrumentos jurídicos como fórmulas de garantía o salvaguarda de la dignidad de la gestante. Por ejemplo, si la técnica reproductiva se realizase en España, se podría regular exigiendo un control férreo en la prestación del consentimiento, con una intervención directa y muy estricta por parte de fe-

---

<sup>10</sup> Vid. al respecto el interesante trabajo de LOPEZ Y LOPEZ, A., «En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 27, 2013, págs. 173-208.

datario público, o de funcionario público cualificado. Ello podría ir complementado con una reiteración del consentimiento de la gestante, no sólo antes de la gestación, sino durante toda la gestación, e incluso también en el tiempo inmediatamente después del nacimiento, permitiéndole cambiar de opinión y revocar el consentimiento inicialmente prestado, sin que ello supusiera una penalización económica de ningún tipo. De hecho, el art. 177.2.IV CC ya ha dejado una puerta abierta a la validez de un acto de renuncia a la filiación por parte de la madre gestante, tras el nacimiento, en tanto se produzca una vez transcurridas las primeras seis semanas posteriores al parto.

También, al estar en juego aquí, más que la dignidad, el derecho a la integridad física de la mujer gestante, podría traerse a este respecto la reciente jurisprudencia del TC sobre este derecho en materia de aborto, gestación y parto, en cuanto otorga a la mujer un control directo y exclusivo de esas decisiones, sin que se pueda imponer externamente un criterio contrario a su voluntad (**Sentencia TC num. 11/2023 de 23 febrero, STC num. 38/2023 de 20 abril, o Sentencia num. 44/2023 de 9 mayo**).

En cuanto a la tutela del interés del menor nacido por gestación subrogada, debemos pensar que, en tanto se hayan cumplido satisfactoriamente las etapas anteriores, y la madre gestante haya prestado de forma continuada su aprobación y anuencia a esa gestación y además hayan pasado las seis semanas antes señaladas, se hará evidente que la madre gestante no es la persona idónea para ocuparse del menor, debiendo serlo

quienes realmente han querido a ese menor, máxime si alguno de ellos es además –como suele ser lo más frecuente– progenitor suyo desde el punto de vista biológico<sup>11</sup>.

#### 1.1.4. La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo sobre Igualdad efectiva de hombres y mujeres

En esta Ley (en adelante, LOI) se contiene el mandato de invalidez de cualesquiera pactos que supongan discriminación directa o indirecta, previéndose incluso la posibilidad de pedir indemnización por ello. Además, se otorgan medios probatorios especiales, al disponerse una inversión de la carga de la prueba y una extensión de la legitimación activa. Reproducimos el art. 10 de dicha Ley:

*Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.*

*Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.*

Sobre este precepto legal, no existen a día de hoy sentencias en las que se haya aplicado, al menos en el ámbito de la

---

<sup>11</sup> No puede perderse de vista la cierta involución que supone la reciente Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución.

jurisdicción civil, lo cual es un cierto indicio de su inoperancia y de la dificultad de anular total o parcialmente contratos o acuerdos por esta causa.

Desde el punto de vista doctrinal, algún autor que se ha ocupado del tema<sup>12</sup>, señala que, aunque centrada en el campo laboral, la Ley asume una mucho más amplia esfera de actuación que la propiamente laboral. Así, se ha centrado especialmente en la posibilidad de obtener indemnización de daños derivados de un posible pacto discriminatorio, y ha sostenido que, en principio, el artículo 10 de esta Ley opta por una redacción imperativa, que hace pensar que, al menos en la cabeza del legislador, parece que todo acto o cláusula discriminatorios darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones, lo cual lo asimilaría a la fórmula del art. 9 de la LO de 1982, sobre derechos al honor, intimidad y propia imagen. Sin embargo, a continuación, se matiza, que, *«...mientras no se nos ofrezca un marco jurídico específico para las indemnizaciones por daños y perjuicios en el ámbito laboral, deberemos seguir jugando con las mismas reglas que hasta ahora hemos aplicado, construidas fundamentalmente con los mimbres del Derecho común y la interpretación de los Tribunales. Por tanto, no existe indemnización si no hay daño reparable, y éste sólo concurre si es cierto, y en la medida en que lo sea»*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Como SAN MARTÍN, C., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ed. Aranzadi, 2008.

<sup>13</sup> Sobre los interesantes aspectos procesales de esta Ley, vid. CASTRO ARGÜELLES, M. A. y ALVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de*

La Ley ha sido criticada también<sup>14</sup>, tras compararla con la Ley alemana de 2006, donde se establecen sobre todo indemnizaciones por posibles daños y la eliminación del perjuicio causado, sin imponer una obligación de contratar, y se concluye que la imposición de la nulidad e ineficacia de la norma antes citada puede no ser posible en determinados casos, y que la nulidad tendría que afectar a todo el contrato, lo cual puede ser totalmente desproporcionado, y perjudicial para quien lo impugna. Parece preferible para este otro autor la indemnización del daño, aunque es un tanto inadecuado esa exigencia de que sea «real, efectiva y proporcionada», ya que su prueba resultará muchas veces complicada, y nos remitirá a un daño de tipo moral, cuya cuantía será normalmente simbólica.

Estas opiniones dejan señaladas ya las posibles objeciones de esta prohibición legal.

La primera objeción tiene que ver con la amplitud de su ámbito («...*actos y cláusulas de los negocios jurídicos...*»). La discriminación no siempre se traduce o se plasma en un acuerdo en el que se establezcan medidas discriminatorias, sino que mucho más frecuentemente se traduce en una negativa de un sujeto a contratar con otro, por razón de su raza, sexo o con-

---

*mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 203 ss.

<sup>14</sup> Así, MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, ed. Thomson Reuters Civitas, Cizur menor, 2010, págs. 112-113.

dición, por lo que la nulidad de esa decisión negativa carecerá de toda trascendencia práctica, y será un simple brindis al sol.

Por otro lado, la ley, en esas hipótesis, debería haber establecido quizás la obligación de contratar con el sujeto discriminado, lo que sin embargo no consta en la norma, siendo la indemnización del daño (moral) la única alternativa. Y esa de la reparación del daño resultará muy complicada de concretar, ante la dificultad de determinar el daño realmente sufrido.

El desarrollo del mandato prohibitivo contenido en dicha Ley, a nivel de la práctica judicial, resulta muy insatisfactorio, por cuanto no es posible aportar sentencias de Audiencias Provinciales o del Tribunal Supremo donde se haya hecho aplicación de dicha prohibición<sup>15</sup>.

Por último, la prohibición resulta bastante dudosa en su alcance si se piensa en su traslación a negocios jurídicos no contractuales como un testamento, donde es mucho más complicado hacer nula una disposición testamentaria donde conste algún tipo de discriminación, dado que estamos hablando de cláusulas con un contenido puramente patrimonial, que se justifican además en el principio de libertad de testar

---

<sup>15</sup> Tan sólo podemos citar una sentencia de 21 de noviembre de 2022 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), referida no a negocio contractual, sino a un acuerdo adoptado en el seno de una Asociación deportiva (la que se encargó de organizar anualmente el conocido descenso del río Sella), que fue impugnado por no haberse admitido la participación de una piragua mixta (formada por hombre y mujer), pero fue desestimado por la Audiencia. Por tanto, no se llegó a aplicar el mandato del art. 10 de la Ley.

reconocido constitucionalmente en el artículo 33 de la Constitución española.

Al margen de esta normativa, debe tenerse en cuenta la más reciente **Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación**, la cual sin embargo se ocupa básicamente de controlar que la oferta de productos o servicios inmobiliarios o de alquiler de viviendas no sea discriminatoria (art. 20), pero no ha ahondado en la tutela por razón de discriminación ni en la ineficacia de los acuerdos que la dispongan<sup>16 17</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre esta normativa, y su relevancia en el ámbito de los arrendamientos de vivienda en los que se incurra en discriminación, vid. el reciente trabajo de CERVILLA GARZÓN, M. D., «El principio de igualdad y no discriminación en el arrendamiento de vivienda», en *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Burgos 29-31 de mayo de 2025*. Esta autora afirma, entre otras cosas (pág. 5), que «...los límites en la aplicación (o no aplicación) del principio de no discriminación en las relaciones entre los particulares, con carácter general, vendrán marcados por la tensión entre igualdad/ libertad. Quiere esto decir que no siempre el principio de no discriminación impondrá restricciones a la libertad negocial, ya que, esta última también debe de disponer de un espacio para su implementación...».

<sup>17</sup> En los últimos tiempos asistimos también a un movimiento a nivel internacional de *prohibición de los contratos de prostitución*. De hecho, estuvo previsto en la anterior legislatura un debate en el parlamento español sobre el tema. En otros países, ya se ha producido con el siguiente resultado:

En Suecia, la Ley de prostitución de Suecia, que prohíbe la compra de servicios sexuales, entró en vigor el 1 de enero de 1999, y bajo esta ley, quienes pagan por servicios sexuales cometen el delito y son penalizados con multas y sentencias de prisión. La citada Ley prohíbe la compra pero no la venta; el delito es pagar por sexo, no por vender servicios sexuales. La ley considera la demanda como la fuerza impulsora decisiva detrás de la explotación sexual y la trata de mujeres. La idea detrás de la ley es que la demanda es la que impulsa la prostitución y la trata de personas con fines

### 1.1.5. Las prohibiciones de transigir del artículo 1814 del Código Civil

Dentro de nuestro Código civil, también son perceptibles algunas normas que recogen prohibiciones que afectan a aspectos personales de las personas. En particular, el art. 1814 CC dispone: *«Artículo 1814. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros»*.

Un examen del alcance actual de esta norma requeriría un estudio monográfico. No obstante, se pueden hacer algunas

---

sexuales. Por lo tanto, la ley se enfoca en desalentar la demanda en lugar de castigar a las personas que se dedican a la prostitución. Esta ley ha sido un ejemplo para otros países, como Noruega, Irlanda y Francia.

En Alemania, la prostitución está de momento permitida, pero con unas limitaciones establecidas en la regulación. La primera ley que se hizo en el país fue en el 2002, y se conoce como la *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten* (Ley que regula las relaciones jurídicas de las prostitutas). Aunque cada región alemana puede tener especificaciones legislativas, en ella se recogen temas relativos a la remuneración y los mecanismos para exigir a los clientes, por vía legal, el pago del dinero acordado. La segunda llegó en el 2017 como la *Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen* (Ley de protección de las personas que ejercen la prostitución), e incluye *más obligaciones que la primera*. Por ejemplo, las trabajadoras sexuales deben registrarse ante las autoridades y especificar su identidad, su nacionalidad, las zonas en las que van a trabajar y su situación sanitaria. Además, si son personas extranjeras deben acreditar que tienen derecho a trabajar en el país. Una portavoz del Ministerio Federal de Familia, Tercera Edad, Mujeres y Juventud de Alemania explica que «el objetivo de la ley es fortalecer la autodeterminación sexual de las prostitutas, crear la base legal para garantizar condiciones de trabajo aceptables y reprimir las formas peligrosas de prostitución, incluida la prostitución forzada y la trata de personas».

consideraciones sobre este tipo de normas prohibitivas en aspectos personales.

Con la perspectiva de la realidad social actual, estas prohibiciones resultan en buena medida obsoletas, o al menos susceptibles de muy diversas matizaciones<sup>18</sup>.

Por lo pronto, el concepto de «estado civil» se encuentra actualmente tan difuminado, que no es posible delimitar qué entra dentro de esa expresión, a los efectos de prohibir la transacción sobre el mismo. Muy probablemente, se refiere la norma al interés público en la seguridad de los datos relativos a la persona, pero sin que ello implique una radical prohibición de actos jurídicos privados en relación a los datos personales. Ya en el ámbito estrictamente privado, se puede referir sobre todo a la filiación y la prohibición de transigir sobre su determinación (o no). Sin embargo, en la regulación de la LEC sobre procesos de familia se admiten con ciertos límites el allanamiento y el desistimiento, y la práctica da cuenta de una amplia flexibilidad en el entendimiento de la prohibición.

En cuanto a las «cuestiones matrimoniales», no hay ninguna duda del cambio de actitud del legislador y de la jurisprudencia tras las reformas del matrimonio de 2005 y 2015, para permitir negocios jurídicos y acuerdos sobre cuestiones

---

<sup>18</sup> Los propios comentaristas de este artículo 1814 señalan la importante evolución que ha sufrido el Derecho de familia, en el sentido de ampliar el ámbito de la disponibilidad de materias en cuanto a ser objeto posible de transacción. Vid. TAMAYO HAYA, S., *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Cañizares)*, Tomo V, Valencia, 2023, pág. 8010.

matrimoniales, haciendo innecesario el control judicial (salvo las materias relativas a los hijos o salvo estipulaciones especialmente radicales respecto de los cónyuges).

Por último, sobre «alimentos futuros», el legislador ha partido de la improcedencia de cualquier acto de renuncia o cualquier pacto entre alimentantes que pueda afectar al derecho de un alimentista menor de edad, casos en los que es evidente la imposibilidad de transigir. También es posible que, siendo un alimentista mayor de edad pero con nullos recursos, la ley haya querido protegerle frente al alimentante progenitor o pariente, por hallarse este último en una situación de preeminencia económica y jurídica frente al primero, lo que justificaría la regla prohibitiva. No obstante, las circunstancias sociales han cambiado y seguramente no se vería hoy con malos ojos una estipulación de renuncia genérica del mayor de edad frente al alimentante, en tanto ello no traiga como efecto la llamada al siguiente pariente en orden de llamamientos para que cubra esas necesidades, o al propio erario público, de manera subsidiaria<sup>19</sup>.

#### 1.1.6. Las disposiciones prohibitivas de disposiciones testamentarias

Fuera del ámbito de los contratos, merece la pena también traer a colación, como ejemplo de modelo prohibitivo, las dis-

---

<sup>19</sup> Vid. al efecto, RUIZ-RICO ARIAS, M. D., «Renunciabilidad e irrenunciabilidad del derecho de alimentos legal», *Revista de Derecho de Familia*, num.100, 2023.

posiciones legales del Código civil que prohíben determinadas disposiciones testamentarias, en atención a la presunta protección de algunos derechos fundamentales de las personas designadas como herederas o legatarias en un testamento dado.

A este respecto, los art. 792 ss. CC establecen que se tendrán por no puestas condiciones que sean ilegales, y en concreto el art. 793 CC lo dispone específicamente respecto de la institución testamentaria de un heredero, cuando al mismo se le someta a la condición de no contraer matrimonio en el futuro (lo que presuntamente vulneraría el derecho a contraer matrimonio del art. 32 CE). Como se comprueba, el Código civil no enumera las posibles condiciones ilícitas o inmorales, sino que recurre a simples ejemplos, que traen a colación una determinada perspectiva negadora de aquellas cláusulas testamentarias donde se fijan condiciones que afecten presuntamente a derechos fundamentales, o a la dignidad del llamado. Junto al caso anterior, el art. 794 CC prohíbe testar bajo la condición de que el heredero o legatario teste a su vez a favor del testador primero; en este caso se vería afectado el principio de libertad de testar.

Este tipo de restricciones han sido últimamente estudiadas por la doctrina, hasta el punto de ampliarlas y declarar por no puestas, conforme al art. 792 y 793 CC, cualquier disposición testamentaria donde se condicione el llamamiento hereditario a la observancia de conductas que pudieran afectar o lesionar hipotéticamente derechos fundamentales, como el derecho a la libertad religiosa, la libertad de fijación de domicilio o de

asociación, entre otros, o que pudieran implicar una cierta discriminación por razón de sexo, raza u otra condición (art. 14 CE). Piénsese, a título de ejemplo, en un elenco de posibles condiciones tales como las siguientes (es un elenco puramente indicativo)<sup>20</sup>:

- Llamado a la herencia bajo la condición de profesar una determinada religión, o de no profesar ninguna (lo que hipotéticamente afectaría al derecho de libertad ideológica y religiosa del art. 16 CE).
- Llamado a la herencia con la condición de que no tenga su residencia habitual en una determinada localidad (lo que podría lesionar el derecho a la libertad de fijar residencia del art. 17 CE).
- Llamado a la herencia bajo la condición de formar parte de una determinada asociación (lo que presuntamente podría afectar al derecho de libertad de asociación del art. 22 CE).

---

<sup>20</sup> Vid. BARBA, V., «Las condiciones que refuerzan la voluntad testamentaria», dentro del volumen *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa* (Dir. A. Cañizares) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 99 ss.; DOMÍNGUEZ YAMASAKI, I, «Criterios para la determinación de la validez de las condiciones testamentarias: libertad de testar y derecho del favorecido a no ser discriminado», dentro del mismo volumen, pág. 269 ss.; y GARCÍA RUBIO, M.P. «Los testamentos con instituciones condicionales que limitan los derechos y libertades del favorecido», también en el mismo volumen, pág. 359 ss.

Frente a ello, creemos mucho más razonable atender a una serie de pautas, que nos van a conducir al final a la defensa de la licitud general de esas estipulaciones<sup>21</sup>:

1. *El carácter unilateral de los testamentos*: Por contraste con las condiciones contenidas en contratos o negocios bilaterales o plurilaterales, donde es mucho más frecuente e imaginable un posible desequilibrio entre las partes, el testamento constituye, en el Derecho común español, el típico negocio unilateral, donde un solo sujeto, libremente y sin presión de ninguna otra parte, tiene una mucho mayor libertad de decisión que en los demás negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales<sup>22</sup>. En tanto la ley autoriza a todo sujeto con capacidad disponer para

---

<sup>21</sup> En esta misma dirección, vid, por todos, BLANDINO GARRIDO, M.A., «Libertad de testar y condiciones testamentarias», en *La libertad de testar y sus límites* (Coord. A. Vaquer, M.P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila), Col-Legi de Notaris de Catalunya, Marcial pons, 2018, pág. 293 ss., para quien no cabe exportar los límites a la libertad de contratar al ámbito testamentario, y considera que han perdido su fundamento las limitaciones concretas establecidas en el Código civil; tampoco son inválidas a su juicio las condiciones de carácter discriminatorio, como regla general.

<sup>22</sup> Así lo afirma, por ejemplo, LOPEZ Y LÓPEZ, A., *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Cañizares), Tomo IV (Arts. 1156 a 1582 CC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 5724 y 5725, para quien la autonomía privada manifestada por el testamento se puede mover en un plano más amplio de libertad que la que lo hace a través del contrato, y posteriormente afirma que no parece que, en un acto que atribuya gratuitamente bienes, la observancia de reglas como la derivada del principio de igualdad constitucional y no discriminación tenga el mismo alcance que cuando nos encontremos ante contratos, sobre todo si son sobre bienes de elevada necesidad y sean ofrecidos con posición marcadamente dominante.

el caso de muerte de los propios bienes y derechos con la máxima libertad posible, con base en art. 33.1 CE («derecho a la herencia»), ello debe implicar una orientación favorable general a la licitud de las disposiciones que fijen condiciones.

*Sólo en caso de tratarse de sujetos con derecho de legítima*, sabemos que esa libertad no es tal, en tanto la condición afecte de un modo u otro a la legítima estricta, ya que el art. 813 CC prohíbe las condiciones respecto de la misma, y respecto de la mejora, sólo lo admite cuando con ello se trate de beneficiar a otros descendientes del causante. Fuera de esos casos, en principio, el testador es totalmente libre de disponer de sus bienes en favor de quien quiera, y con los límites que desee en cada caso. Esto que decimos implica que en los testamentos, por ser negocios unilaterales, *la libertad del sujeto testador es mucho mayor que en los contratos*, donde la ley se ocupa de forma especial de evitar desequilibrios contractuales y abusos de posición de una parte respecto de la otra, y en consecuencia, de impedir que, por esa causa, se puedan ver afectados derechos fundamentales o principios constitucionales.

2. *El contenido puramente económico de las disposiciones que imponen condiciones.* En las disposiciones testamentarias el objetivo del testador es puramente económico, y *no lo es en ningún caso condicionar la vida y derechos de los llamados* a su herencia como herederos o como legatarios.

Debemos pensar sin duda en herederos voluntarios, no en legitimarios, y respecto de ellos, el testador simple y llanamente quiere distribuir sus bienes a su muerte de la manera que mejor le parezca (y la ley lo autoriza).

En suma, en este campo, hablamos de asignación material o económica de bienes de forma unilateral, y no de afectar la vida del llamado a la herencia o el legado. En consecuencia, las limitaciones a las disposiciones testamentarias por razón de una hipotética ilicitud de las condiciones impuestas, deben ser *las mínimas*. Es más, seguramente deberían ser incluso inexistentes, dado que hablamos siempre de dinero, y de su asignación, y siempre en una única dirección (del causante al sucesor), y no de aspectos personales o constitucionales del beneficiario, en cuya vida el testador no se inmiscuye.

Ese testador podría perfectamente no atribuir ningún bien a estos sujetos, y hacerlo a extraños, sin que los primeros, aun siendo parientes (pero no legitimarios), tengan la más mínima posibilidad de impugnar la disposición testamentaria. Luego quien puede lo más, como es no atribuirles nada, debe poder lo menos, como es atribuirles bienes, pero con condiciones, sean estas las que sean.

Todo ello nos lleva por tanto a poner en cuestión la invalidez de las múltiples condiciones antes señaladas, ya que realmente no afectan ni directa ni indirectamente a la persona o derechos del llamado. Realmente, no

hay afectación de los derechos fundamentales ni de la dignidad personal cuando se trata de recibir de forma gratuita, a cambio de nada, una atribución patrimonial, a la que siempre se puede «renunciar» repudiando el llamamiento hereditario. Al testador debemos concederle la máxima libertad en la asignación MC de sus bienes, aun cuando supongan una decisión aparentemente caprichosa, o que pudiera implicar la exigencia de una conducta poco decorosa o inadmisibles para el llamado.

3. *El criterio de la realidad social actual.* Por último, en toda esta temática general, debe seguirse un criterio adaptado a la vigente realidad social, y sería la de que, sólo en casos excepcionalísimos, podría declararse una determinada condición impuesta en testamento como una condición ilícita, por inmoral o contraria a las leyes, y por tanto declararla como no puesta<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Por otro lado, han sido a nuestro juicio vanos los esfuerzos de una parte de la doctrina por establecer criterios para discernir lo que serían condiciones ilícitas por contrarias presuntamente a las reglas constitucionales, o lo que serían condiciones lícitas. Por ejemplo, ponderando los principios que se van a ver afectados, o atendiendo para denegar su validez a si se trata de una condición de carácter discriminatorio, por razón de sexo, ideología o situación personal o familiar; o bien examinando si la condición impuesta tiene o no un impacto real en la elección por el sujeto de sus diversas opciones vitales. La respuesta más coherente debe ser la de admitir su licitud y por tanto su eficacia y vinculación, sean cuales sean las conductas impuestas para adquirir el derecho, habida cuenta de que se trata de atribuciones patrimoniales gratuitas recibidas MC, a las cuales—siendo un heredero voluntario o siendo un legatario sin derecho de legítima— no tendría derecho en ningún caso si esa hubiera sido la voluntad del testador.

### 1.1.7. Primeras conclusiones sobre el modelo prohibitivo

El examen de los casos de normas prohibitivas, en el ámbito primordialmente personal, más que en el patrimonial, nos permite valorar lo dudoso de las soluciones prohibitivas adoptadas por el legislador de cada momento.

Por lo pronto, a la hora de establecer legalmente una prohibición de celebrar acuerdos o contratos, además de encontrar una muy buena justificación<sup>24</sup>, es importante hacer un análisis de campo, para conocer si existe una amplia mayoría social favorable a la misma. Pero una vez hecho lo anterior, *será aún más importante consultar y conocer la opinión directa de las personas a las que va a afectar esa prohibición*, de modo que

---

Quizás, de manera excepcional, podría declararse ilícita, y por tanto considerarla por no puesta (art. 792 C), la cláusula en la que se atribuyen bienes a un sujeto, heredero o legatario, con la condición de no impugnar el testamento, perdiendo en tal caso el derecho deferido. Esta cláusula, muy conectada con el mandato del art. 675.II CC, afecta de lleno al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del llamado (art. 24 CE) en relación justamente a la posible impugnación por nulidad del testamento en donde se incluye, haciéndose depender la efectividad del llamamiento de que haya o no tal impugnación. Cuestión diferente sería la imposición de esta condición de no impugnar a la hora de conceder al heredero legitimario un beneficio adicional a su legítima estricta, dado que ello sería una posible cautela sociniana, admitida por la jurisprudencia en SSTs de 10 de junio y 3 de septiembre de 2014.

<sup>24</sup> Sobre la necesidad de dar una justificación a cualquier limitación o prohibición a la libertad contractual o negocial, y su carácter normalmente excepcional, vid. VAZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 92-93.

se tenga muy en cuenta la misma, y *sólo se admita una prohibición que esté respaldada mayoritariamente por los afectados*, o al menos, que se establezcan alternativas a la prohibición que tengan un respaldo mayoritario de esos sujetos.

No es en absoluto buen criterio el de imponer o establecer una prohibición cuando va en contra de la opinión o posición de quienes se van a ver afectados por ella. Así, si el legislador prescinde de tomar en consideración la opinión directa de los sujetos afectados, imponiéndolos reglas negativas totalmente insatisfactorias para sus intereses, ello supondrá, por sí solo, un obstáculo material a eficacia de las soluciones prohibitivas, pues los sujetos afectados buscarán alternativas (a veces, dudosamente legales) a la medida, o directamente recurrirán a la inaplicación del mandato legal.

El hecho de que este tipo de contratos o negocios jurídicos que son objeto de prohibición no sea, en la práctica, impugnados por las propias partes, sino por terceros ajenos, o bien tenga un especial protagonismo el Ministerio fiscal, es la prueba palpable de que la prohibición legal no tiene respaldo suficiente. Eso es lo que sucede, por ejemplo, en buena medida con la maternidad subrogada y con la prohibición de espectáculos de bomberos toreros.

Por otro lado, la fundamentación de muchas de las prohibiciones afectantes a derechos fundamentales y libertades públicas casi siempre deja bastante que desear. A la postre, se busca una justificación basada en una idea genérica de tutela de la dignidad, sin especificar cómo se determina esa dignidad

cuando resulta que los sujetos afectados no acaban de percibir que se esté vulnerando su propia dignidad o consideración.

Aunque es usual recurrir a la tutela del yo futuro de estas personas frente al yo actual, en el sentido de que en ocasiones los sujetos afectados en sus derechos no siempre son conscientes de su propia debilidad, esa referencia al yo actual y su comparación con el yo futuro no siempre permite resolver esa situación adecuadamente.

Antes que la prohibición, siempre o casi siempre es preferible una respuesta legal más matizada.

Así, el hecho de que la manifestación de voluntad positiva del sujeto afectado en su derecho, efectuada por alguien que es mayor de edad y posee plena capacidad de discernimiento, si además se rodea a esa decisión de las adecuadas cautelas, puede ser suficiente para dar validez y eficacia al negocio o acto, sin necesidad de recurrir a la fórmula traumática de la prohibición legal expresa.

Las prohibiciones son generalmente instrumentos muy radicales, que precisan no sólo que exista una práctica unánimidad social para ser impuestas (lo que no se da en la mayoría de los casos), sino que es importantísimo para un buen funcionamiento del Ordenamiento jurídico, y para la democracia misma, que la prohibición responda a una situación totalmente inadmisibles, y no susceptible de matizaciones, excepciones o particularidades. Como ya se dijo, el Derecho se basa en la necesidad de distinguir casos, situaciones y momentos, y una prohibición radical prescinde de todo ello, por lo que sólo se

puede justificar cuando la sociedad lo considera como algo unánimemente aceptado.

Ni siquiera en la conocida y muy debatida hipótesis de la prohibición legal de la maternidad subrogada existe esa unanimidad<sup>25</sup>, y es frecuente además que los estudiosos acaben defendiendo con el tiempo la necesidad de introducir excepciones a la prohibición, por concurrir casos en los que puede estar justificado el recurso a esa técnica reproductiva, por no existir otra vía al alcance de los sujetos interesados, o directamente negarla, por ser lesiva para los intereses de los menores.

Es evidente, además, que el legislador tenía, en los casos analizados, otras alternativas mucho más matizadas, que no tienen por qué suponer una prohibición del acuerdo o de la conducta, siendo preferible la introducción de posibles exigencias, límites o condiciones, para hacer viable el acuerdo o pacto, si es que esa es la verdadera voluntad de las partes.

Eso se comprueba en la comparación con otros regímenes u ordenamientos jurídicos, cuando resultan permisivos en alguno de los campos prohibidos en el nuestro o en otro Ordenamiento. La realidad demuestra que existe una especie de «turismo jurídico» de los ciudadanos de ese país hacia aquel otro

---

<sup>25</sup> De hecho, las escasas encuestas y estudios de campo realizados en España en los últimos años (por ejemplo, una Encuesta del Diario El Mundo, del año 2023, o un estudio sociológico de la Universidad de Alicante también del año 2023) demuestran, al parecer, un mayor número de ciudadanos favorable a la regulación de la maternidad subrogada, y su admisión al menos respecto de parejas con problemas de fertilidad.

donde resulta lícita (con más o menos cortapisas) esa actividad o acuerdo prohibido...

## 1.2. El modelo permisivo

Frente a los casos antes expuestos, netamente prohibitivos, y al mismo tiempo que los mismos, debemos examinar ahora, también críticamente, el modelo permisivo.

En nuestra normativa vigente se viene abriendo paso desde hace años la alternativa de acoger la eficacia de lo pactado entre las partes, aun cuando el objeto del negocio pueda afectar a un determinado derecho fundamental, o suponga una cierta afectación del principio de dignidad, en tanto el sujeto afectado tenga a su alcance el control de lo acordado o consentido, y disponga adicionalmente de una facultad de revocar la decisión previamente aceptada. El ejemplo más paradigmático viene representado por *los llamados acuerdos de cesión de la propia imagen (o de la intimidad)*, tan usuales en la sociedad que nos rodea. Junto a ellos, sin duda son cada vez más frecuentes otro tipo de contratos o acuerdos en los que el sujeto particular decide, con o sin contraprestación, prestar algún servicio, o ser sujeto pasivo del mismo, o comprometerse a no hacer algo en el futuro, quedando afectados derechos tales como la integridad física o la salud, la libertad religiosa o ideológica, la libertad personal o la inviolabilidad del propio domicilio, entre otros.

En este grupo de casos «permisivos», la cuestión que debemos plantearnos es si esa permisividad resulta adecuada y

acorde con el respeto de los principios constitucionales y los derechos fundamentales, o si deberían establecerse cortapisas legales o incluso prohibiciones, y en su caso, de qué modo.

Por lo pronto, debemos anticipar que, aun siguiéndose un modelo expresamente permisivo en los casos analizados, el legislador no se limita a dejar la puerta totalmente abierta a la libertad o autonomía de los particulares, sino que introduce siempre o prácticamente siempre una serie de instrumentos o cautelas para asegurar la adecuada formación y expresión de la voluntad de las partes, por lo que se puede decir que no se sigue una fórmula completamente libre, lo cual, por lo demás, nunca ha sido viable, puesto que, como sabemos, el art. 1255 CC ha establecido desde el año 1889 en que se promulgó y entró en vigor el Código Civil vigente, e una serie de límites generales a cualquier tipo de acuerdo o contrato, como son la ley, la moral y el orden público.

Examinamos a continuación algunos casos:

### 1.2.1. Derecho a la intimidad y propia imagen: posibilidad de libre autorización o cesión puntual de los derechos, con facultad de revocación libre en cualquier momento

Empezamos por el caso más emblemático de esta orientación permisiva, hasta el punto de que algunas de las pautas legales aplicables al mismo pueden ser expandidas y aplicadas a muchas otras situaciones o negocios jurídicos susceptibles de celebrarse. Nos referimos a los acuerdos o autorizaciones para la intromisión en la imagen o la intimidad de sujetos particu-

lares, quienes las consienten a través de la firma de negocios presuntamente contractuales de cesión de imagen o de cesión de datos de la propia vida íntima.

Como es sabido, desde el año 1982, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo establece la posibilidad de consentir o autorizar la intromisión en el ámbito de los derechos constitucionales regulados, de modo que se admite la facultad de renuncia puntual o de autolimitación de los propios derechos allí regulados (honor, intimidad y propia imagen), siempre con la facultad de revocación de dicha autorización. Al efecto, el artículo 2, apartado 2 y 3 de dicha ley establecen:

*Artículo 2. Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.*

*Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso...*

*Tres. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.*

De este modo, se permiten actos de autonomía de la voluntad referidos a los derechos allí previstos, en principio negocios contractuales, sin ningún tipo de cortapisas (salvo que impliquen renuncia total y absoluta al propio derecho: art. 1 LO 1/1982), sean cuales sean las circunstancias en que se pu-

diera hallar el titular a la hora de prestar su consentimiento, y sin que por parte del legislador se muestre una preocupación especial por la tutela de los derechos fundamentales al margen de lo que pudiera decidir el sujeto afectado.

Es importante destacar que, en este ámbito, no se aplican de forma expresa los límites generales previstos en el Código civil para la renuncia de derechos (art. 6.2 CC: interés público, orden público o perjuicio de terceros), ni tampoco existe en la citada Ley Orgánica una expresa remisión a los límites genéricos de la autonomía privada del art. 1255 CC. Por deducción lógica, no habiendo remisión ni expresa ni tácita a dichos límites genéricos, los mismos no deben tener especial trascendencia en el ámbito de estos derechos fundamentales, dado que, de hecho, la normativa hace girar todo alrededor de la existencia o no de «intromisión ilegítima» (arts.7 y 8 de la Ley), de modo que la ilicitud vendrá dada por la concurrencia de alguno de los casos de tal intromisión, lo que a su vez se hace depender del propio consentimiento o autorización, expresa o tácita, del sujeto afectado en su derecho fundamental<sup>26</sup>.

Para paliar los riesgos de cometer una equivocación en la decisión de renunciar o autolimitar el propio derecho fundamental, la normativa (art. 2.3 Ley Orgánica) otorga al sujeto afectado, «*en cualquier momento*», y sin sometimiento a nin-

---

<sup>26</sup> En contra parece estar ALFARO AGUILA-REAL, *ob. cit.*, pág. 93-94, quien recurre como criterio genérico a los límites del art. 6.2 CC para delimitar lo que sea válido o inválido en la celebración de contratos o negocios jurídicos sobre estos y otros derechos fundamentales.

guna otra condición o exigencia legal, la facultad de libre revocación del consentimiento prestado, siendo la misma aplicable incluso aunque se hubiese prestado en el seno de un (presunto) contrato o acuerdo, del tipo que sea<sup>27</sup>.

Aun suponiendo que estemos ante un verdadero «contrato», como admite una parte de la doctrina<sup>28</sup>, pero niega otro sector doctrinal<sup>29</sup>, el problema que se plantea con esa libre revoca-

---

<sup>27</sup> Téngase en cuenta que la norma habla de la revocación del consentimiento o autorización a la intromisión de tercero; en ningún momento habla de «contrato» o revocación contractual.

<sup>28</sup> Así, entre otros, CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 140-141; HIGUERAS, *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*, Ed. EUNSA, Pamplona, 2001, pág. 242 ss., quien afirma que el titular del derecho a la imagen puede desprenderse de alguna de las facultades que integran ese derecho, siendo viable contratos sobre ese derecho, pero que en esos casos ello se produce al margen de la citada Ley de 1982, en donde a su juicio no tiene cabida la libre revocabilidad garantizada por el art. 2.3 de dicha ley.

<sup>29</sup> Así, se pueden citar, entre otros, a: CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el Derecho a la Propia Imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen*, Cuadernos Aranzadi Civil, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 199 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La protección constitucional del derecho al honor», en *Derecho al honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad civil y Otras Cuestiones*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 32; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y SORIANO MARTINEZ, E., «El consentimiento como causa de exclusión de ilegitimidad de la intromisión» en el volumen *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág.79, quienes consideran que la facultad de revocación del consentimiento a la intromisión «...solo se entiende si se tiene en cuenta que el consentimiento

bilidad del consentimiento, no es otro que el de la vinculación de las partes, en particular del autorizante, a lo acordado.

---

*prestado para la intromisión no tiene carácter contractual y no da lugar a un acto de disposición del derecho a la propia imagen, que es siempre conservado por su titular». CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, Intimidad Personal y Familiar y propia Imagen en la Jurisprudencia*, ed. *Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1994, pág. 104, quien defiende que incluso cabe la revocación cuando se trate de la explotación comercial de la imagen de artistas profesionales del espectáculo, al entender que el derecho de la personalidad prevalece sobre otros derechos que la cesión contractual haya podido crear. También HERNANDEZ FERNÁNDEZ, A. *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, ed. COLEX, 2009, pág. 139, quien afirma que en todo caso, incluso cuando hay explotación comercial de la imagen, el derecho de la personalidad prevalece sobre otros derechos que la cesión contractual haya creado (aunque en esos casos matiza algo el alcance de la revocación ulterior del consentimiento prestado, sin que en ningún caso se pueda llegar al extremo de vetarse la renuncia); AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 205. Igualmente, DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 133, para quien el consentimiento a la intromisión no es una renuncia al derecho mismo, sino a la facultad de iniciar acciones legales, de tal manera que sería una especie de cláusula de exclusión de la antijuridicidad. También lo viene a defender en buena medida CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad (Dir. A. Carrasco)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 93, al sostener que el consentimiento a la intromisión no constituye un contrato vinculante (sin embargo, a continuación, el autor sostiene la posibilidad de ceder por contrato, sin facultad de revocación, el derecho a la imagen para su explotación comercial, en particular cuando por la cesión se cobra un precio, y se refiere a un presunto criterio restrictivo con que la jurisprudencia ha aplicado el principio de revocabilidad).*

Más ambigua es la posición de O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de las Sala 1ª del Tribunal Supremo». en *Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, Intimidad y propia Imagen*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 169-171.

A tal efecto, ¿se puede decir que nacen realmente verdaderas «obligaciones» entre las partes? ¿Se obliga realmente el titular del derecho a mantener su consentimiento y a permitir la intromisión dentro del plazo y con las condiciones pactadas, de modo que, si no lo cumple, se le puede exigir judicialmente el cumplimiento forzoso, a pesar de disponer de una libre facultad de revocación? Sin duda, el que se reconozca en la ley la libre revocabilidad del consentimiento, supone un choque frontal con la hipotética eficacia vinculante de los contratos celebrados, y con el *pacta sunt servanda* en este tipo de acuerdos o autorizaciones.

En lo que concierne al estudio que estamos acometiendo, la importante conclusión a la que nos lleva esta regulación legal de los derechos al honor, intimidad y propia imagen es, en primer lugar, y sorprendentemente, tratándose de derechos fundamentales, la gran relevancia, diríase que preponderancia, que se otorga a la autonomía privada: se permite «disponer», o más exactamente, renunciar o autolimitar el propio derecho fundamental, bastando la sola voluntad del sujeto titular. Aunque, a la vez, esa misma autonomía lleva a conceder a ese sujeto la facultad de deshacer lo hecho, y recuperar su propio ámbito de libertad previamente renunciado o autolimitado. No existe, por tanto, una remisión a los límites generales de la autonomía privada (ley, moral, orden público) del art. 1255 CC, y todo gira alrededor del concepto de intromisión ilegítima. Al establecerse en el art. 2.2 de la LO 1/1982 que esa intromisión cesa con el consentimiento del sujeto titular

del derecho, se está mandando un mensaje muy claro: el consentimiento deshace o impide la concurrencia de límites a la autonomía privada.

Sin embargo, la verdadera restricción se encuentra en la facultad de revocación del consentimiento: es decir, la única forma de deshacer los efectos autorizativos derivados de la Ley es a través de la revocación, y en ningún caso –parece– mediante el recurso a la nulidad del acuerdo o autorización a la intromisión<sup>30</sup>.

Por otro lado, no se puede olvidar que esta normativa sirve de referente para otros derechos fundamentales o derechos de la personalidad no desarrollados legalmente, o sí desarrollados, pero de forma incompleta. En particular, resulta indudable que, en lo no previsto legalmente, estos principios e instrumentos concedidos al titular de los citados derechos de la personalidad por la Ley Orgánica 1/1982, *son aplicables sin grandes problemas al derecho constitucional a la protección de datos personales del art. 18.4 CE*.

En este concreto ámbito, la normativa vigente en la materia, representada por la Ley 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se desarrolla, en este concreto aspecto, de forma muy similar a como sucede con el derecho a la intimidad en general.

---

<sup>30</sup> Por supuesto, no habiendo tal consentimiento, la Ley únicamente legitima las intromisiones de terceros en los casos puntualmente establecidos en el art.8.1 de la Ley Orgánica, además de hacerlo conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 y 2 de la Ley.

En este sentido, la ley admite en su artículo 6 la posibilidad de prestación del consentimiento o autorización para el uso y tratamiento de los datos personales, a favor de persona o entidad, con facultad de revocación de dicha autorización<sup>31</sup>. Así dicho artículo 6 dispone en cuanto al consentimiento:

Artículo 6. Tratamiento basado en el consentimiento del afectado.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Respecto del consentimiento en la antigua LORTAD de 1992, ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 133 ss., distingue entre la recogida de datos y el tratamiento de los mismos, siendo preciso el consentimiento del afectado para esto último. No obstante, matiza que, siendo precisa la previa información al sujeto y por tanto la existencia de un derecho de éste a ser informado, con esa información previa se estaría prestando implícitamente el consentimiento.

<sup>32</sup> En opinión de algún autor estudioso del tema, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El consentimiento al tratamiento de datos personales», dentro del volumen *Protección de datos personales, Asociación de Profesores de derecho Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 87 y 90, la prestación del consentimiento al tercero para el uso de los datos personales, supone, a la vez que se consiente, que el afectado se despoje de la facultad de impugnar, lo cual en buena medida implica un acto de renuncia a algunas de las facultades que concede el derecho a la protección de datos.

Por lo que concierne a las características de ese consentimiento al uso por tercero de datos personales, debe señalarse que participa de la misma condición de esencialmente revocable, propia del consentimiento en materia de intimidad y propia imagen. Respecto de la revocación del consentimiento, el art. 7.3 del Reglamento de la UE 2016/679 de 27 de abril, de Protección de datos dispone:

El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

Como puede comprobarse, la revocación de la renuncia o autorización otorgada constituye un componente esencial del derecho del sujeto, de modo que podrá hacerse en cualquier momento, en principio sin ningún tipo de derecho del beneficiario a compensación por esa retirada.

La normativa no hace distinciones, por lo que debemos interpretar que se aplica no sólo cuando se ha producido mediante un acto unilateral, sino también cuando es fruto de un acuerdo o negocio bilateral, con o sin contraprestación, o cuando se ha configurado como un anexo a un contrato o negocio bilateral.

Al margen de lo anterior, el examen de toda esta normativa sobre intimidad, propia imagen y protección de datos personales, nos lleva a hacerle algunas objeciones, especialmente teniendo en cuenta los problemas que se presentan hoy día con

el acceso a internet y las redes sociales, blogs, chats y demás modos de comunicación a nivel social.

La primera tiene que ver con la vinculatoriedad de lo pactado. Hay un fuerte debate doctrinal en España y fuera de ella acerca de si puede ser calificado como un contrato normal, vinculante y con fuerza obligatoria plena entre las partes, la cesión a cambio de dinero de datos sobre la propia intimidad o la cesión de la propia imagen de forma onerosa o incluso gratuita a empresas o instituciones públicas o privadas.

Ello lleva a la postre a plantear un debate de mayor alcance: el de si la autonomía de la voluntad, manifestada en ese acuerdo de renuncia parcial o autolimitación del propio derecho (a la imagen o la intimidad) puede anteponerse al ejercicio positivo del propio derecho fundamental.

Desde nuestra perspectiva, el hecho de que la LO 1/1982 disponga la libre revocabilidad de lo pactado, por parte de quien cedió o renunció mediante acuerdo a su derecho, curiosamente, implica en buena medida *el reconocimiento de la preponderancia de los derechos fundamentales sobre el principio de autonomía privada, esto es, sobre el contrato y sobre la máxima del «pacta sunt servanda»*. Fíjese bien lo que se está diciendo: que la máxima originaria (todo lo no prohibido debe ser permitido) encontrará seguramente un límite infranqueable en la vigencia y defensa de los derechos fundamentales. Sobre ello se vuelve más adelante.

La segunda objeción se conecta con la situación actual generada por los avances tecnológicos, y la aplastante existencia

de las redes sociales y plataformas digitales, donde las lesiones de derechos como el honor, la intimidad o la imagen se producen de forma constante, y con una repercusión social nunca prevista por la normativa vigente, que es anterior al desarrollo tecnológico. Ello *debería llevar a un mucho mayor control de la autonomía privada en este campo* (además de otras muchas medidas de intervención legislativa y judicial)<sup>33</sup>.

Se puede decir que la gran mayoría de la ciudadanía constituye hoy día un colectivo vulnerable tecnológicamente, que merece una especial protección, por encima de la autonomía privada. Es decir, el hecho de que un sujeto particular tome la decisión, con un simple «clic», de autorizar el uso de datos personales, o de que consienta expresamente, o muchas veces tácitamente, por su propia inactividad, la publicación de datos de la propia vida íntima o se use por terceros su propia imagen, no puede implicar dar carta blanca al uso de esa información por el sujeto o entidad «autorizada», en todos los ámbitos y medios posibles, y además de cualquier momento en que se desee. Piénsese en el grave problema que se le puede presentar a un sujeto que, en su adolescencia o juventud, haya dejado en

---

<sup>33</sup> Sobre el tema, vid, entre otros, PEREZ DÍAZ, R., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen en los 40 años de vigencia de la Constitución», y CAMPUZANO TOMÉ, H., «Cuatro décadas de protección jurídica del derecho a la privacidad frente a las TC: del derecho a la autodeterminación informativa al derecho al olvido digital», ambos en la obra colectiva *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española* (Coord. R. Punset y L. Alvarez), ed. Thomson Reuters Civitas Pamplona, 2018, pág. 111 ss. y pags. 133 ss..

las redes algún tipo de dato personal o fotografía, y que luego pueda ser utilizada, después de muchos años, por el medio que los obtuvo, sin que entonces pueda conseguirse el cierre o borrado de esa información. Aquí no siempre se podrá utilizar el llamado «derecho al olvido» reconocido en algunos textos legales nacionales y europeos.

La tercera objeción tiene que ver con la forma en que se regula, en la normativa sobre estos derechos, la compensación económica en caso de ejercicio de la facultad de revocar el propio consentimiento previamente dado frente a la otra parte. A este respecto, en lo concerniente a las posibles compensaciones, a lo sumo, sólo deberían admitirse en los casos excepcionales en que se haya realizado el acto revocatorio de mala fe, o con abuso del derecho, esto es, de forma intempestiva o con finalidad lesiva. Sin embargo, esta postura contrasta con la regulación vigente de la renuncia en la protección de datos y de la regulación vigente del derecho al honor, intimidad y propia imagen, donde de momento sí está prevista de forma general una posible indemnización<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> En relación a la normativa anterior, DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 135, ha reseñado la exigencia de *que exista una causa justificada para la revocación*, aunque informa de que en la práctica de las empresas esto se encuentra superado, *al aceptarse como justa causa la mera manifestación de voluntad del interesado anulando el consentimiento*.

Es muy probable también que, por analogía, resulten también trasladables estas soluciones a cualquier otro derecho de la personalidad que se pudiera derivar de las nuevas tecnologías (por ejemplo, el respeto a la identidad de la persona, en cualquier de sus distintas manifestaciones), por existir una importante cercanía con los derechos al honor, intimidad y propia imagen, o por ser incluso nuevas expresiones o manifestaciones de estos mismos derechos, y en las que no podía pensar el legislador constituyente en el año 1978 en que se redactó la vigente Constitución.

### 1.2.2. La normativa sobre extracción de órganos y sobre donación de tejidos, así como la referida a las técnicas de reproducción humana asistida

La normativa referida a estos temas afecta sin duda a un derecho fundamental como es el derecho a la integridad física. Aquí cabe incluir la siguiente normativa:

- Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.
- Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de

coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En ese conjunto de normas se prevé expresamente, entre otras cosas, la posibilidad de llegar a acuerdos o actos jurídicos así llamados de «donación» de órganos o tejidos, o de material genético propio, sin que existan cortapisas importantes para ello: el legislador tan sólo se preocupa de garantizar que el consentimiento a la intromisión en ese derecho fundamental sea libre y suficientemente bien informado.

En esa normativa también se prevé, como contrapartida o mecanismo de garantía para el titular del DF, y al igual que sucedía con los derechos al honor, intimidad e imagen, la posibilidad de libre revocación de su consentimiento, con más o menos matices o exigencias, y la recuperación del material facilitado, en la medida en que sea materialmente posible todavía.

– Sobre *el derecho a la integridad física en el ámbito de la extracción de órganos y tejidos de personas vivas*, la doctrina<sup>35</sup> planteaba hace algunos años, con independencia del reconocimiento de dicho derecho, y siempre que no se trate de órganos vitales, la idea de que la autorización por parte del ordenamiento jurídico para esa extracción debe establecer límites, siendo el principal de ellos la necesidad del consentimiento del donante, señalándose además la exigencia de que la donación

---

<sup>35</sup> Por ejemplo, ROMEO CASABONA, C.M., *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Ed. Comares, Granada, 2005, pág. 17, 20-21.

debe estar dirigida exclusivamente a la mejora de las expectativas de un paciente en particular, con lo que quedan excluidas las donaciones a pacientes no determinados, o las hechas con fines no terapéuticos, sino de investigación biomédica o fines industriales. Desde nuestra perspectiva, el consentimiento no constituye un límite al derecho de disponer del propio cuerpo, sino el núcleo esencial para su debido ejercicio, disponiendo el sujeto titular de la libre facultad de establecer el destino de aquello a lo que renuncia, en tanto sea el fruto de su decisión unilateral y enteramente libre; cuestión distinta es que se produzca en el seno de un acuerdo con tercero, en el que haya seguramente una contraprestación: aquí sí que existen, y deben existir, fuertes restricciones de índole moral o social para otorgarle validez y eficacia.

Por otro lado, un sistema como el actual basado exclusivamente en la «donación» del órgano o tejido, por tanto a favor de persona determinada, que asumiría la condición de *beneficiaria* de esa donación<sup>36</sup>, parecería que implícitamente imposibilita reconsiderar la decisión, precisamente por haberse dispuesto de algo en favor de un sujeto concreto. Sin embargo, cabe recordar que el artículo 8.6 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, antes citado, establece que «... *Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mis-*

---

<sup>36</sup> En Italia, VALLE, L., *Il contratto e la Realizzazione del Diritti della Persona*, Ed. Giappichelli, 2020, pág. 204, descarta para ese país la idea de contrato de donación, y habla preferiblemente de acto de disposición libremente revocable.

*mo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización».*

Así pues, esta norma, al menos en un espacio de tiempo determinado, ciertamente reducido, limita la revocación al momento anterior, como máximo, a la intervención de extracción; a partir de ese momento todo indica que se ha «desprendido» de manera definitiva del órgano, y ya no podría recuperarlo.

Esta solución legal resulta dudosa por cuanto supondría una pérdida del poder de control, y de la facultad de reversión del sujeto titular, con recuperación de aquel órgano o tejido que pudiera ser objeto de almacenamiento o depósito, a voluntad, por considerar que pudiera necesitarlo en el futuro si le sobreviene alguna enfermedad, o por cambiar simplemente de opinión.

– *En cuanto ahora a la donación o puesta disposición de gametos (no de preembriones, por entender que presentan una situación particular<sup>37</sup>) y las posibilidades de negocios jurídicos*

---

<sup>37</sup> En concreto, la particularidad proviene de que, al haberse utilizado gametos femenino y masculino, procedente de dos donantes distintos (normalmente, nos planteamos los supuestos en que no sean integrantes de la pareja que utiliza la técnica), la cuestión es más compleja, por cuanto el acto de revocación del consentimiento y de posible reutilización exigiría el consentimiento de ambos donantes, por lo que no se trata de un acto aislado de disposición o renuncia al derecho a la integridad (lo sería en su origen), sino mucho más dificultoso jurídicamente, máxime al haberse transformado el material genético en un preembrión.

sobre ellos, con teórica afectación del derecho constitucional a la integridad física:

En principio, la decisión de desprenderse del propio material genético, representada en la entrega de gametos masculino o femenino, está de nuevo mediatizada en la vigente Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida, por el concepto de «donación», en particular el realizado a favor de instituciones públicas y en menor medida privadas, pero siempre con fines altruistas. Al respecto, algunos autores<sup>38</sup>, en relación a la antigua Ley de 1988, han defendido la naturaleza contractual de la «donación» de gametos, y considera aplicable a dicha donación las reglas generales sobre vicio del consentimiento, y además estima que no hay inconveniente constitucional a la libre donación de gametos al no perjudicar la integridad física del sujeto.

Frente a esta postura, respecto de la naturaleza del consentimiento prestado al entregar el material genético, cabe recordar las interesantes palabras de PANTALEÓN<sup>39</sup>, quien, al tratar de la posible inconstitucionalidad de la donación de gametos, habla del derecho de autodeterminación de la persona, señalando que *«una renuncia a dicho derecho fundamental, como la que conlleva una donación de gametos o preembriones irrevocable,*

---

<sup>38</sup> GOMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 101 ss., y pág. 119 a 122.

<sup>39</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 15, 1993, pág. 129 ss. (en concreto, pags. 135-137).

*no puede admitirse jurídicamente*». Estas palabras suponen una apreciación implícita de que la «donación de gametos» no puede ser calificada propiamente como un contrato, sino como un acto jurídico de distinta naturaleza<sup>40</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la llamada «donación» de gametos no sería ciertamente tal, sino un acto de autorización con renuncia parcial al derecho a la integridad física, de tal modo, precisamente por hallarnos ante un derecho fundamental, debería conllevar siempre un poder o facultad de revocación de dicha autorización, en tanto sea posible materialmente. Como sostiene PANTALEÓN, con base en el principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, no deben ponerse cortapisas a la libre revocación por el «donante», pues de otro modo se coartaría o podría coartar ese libre desarrollo, en aquellos casos en que así lo decidiera ese sujeto (sin la limitación legal según la cual debe reducirse a los supuestos de necesidad del material genético por parte de su titular o donante: art. 5.2 LTRHA). Al respecto, son imaginables otras múltiples situaciones, distintas de la necesidad, por

---

<sup>40</sup> En esta misma dirección, MONTES PENADÉS, V.L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco*, ed. Trivium, Madrid, 1988, pág. 176-177 y 195, aun reconociendo que los gametos masculino y femenino no pueden considerarse como «órganos», entiende que debería aplicarse a ellos la disciplina legal sobre extracción de órganos; y en otro momento (pág. 195) defiende que la donación de gametos ha de ser revocable antes de que sean utilizados en una concreta operación de fecundación.

las que el sujeto podría querer replantearse su previa entrega del propio material genético (razones ideológicas o religiosas, de prevención futura, etc.).

No cabe duda de que el interés del donante de material genético debe ser el interés jurídicamente preferente, al afectarse a uno o varios derechos fundamentales (derecho a la integridad y al libre desarrollo de la personalidad), lo que justificaría un amplio entendimiento de la facultad revocatoria del propio consentimiento, más allá del límite de la necesidad, ante señalado.

Podemos decir, pues, que, en la normativa desarrolladora del derecho a la integridad física, existe también reconocida una facultad, con mayor o menor recorrido, de revocación de la autorización o consentimiento, tal como vimos sucedía en el campo de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Lo cual plantea la misma cuestión que estos últimos acerca de si nos hallamos ante un negocio contractual con eficacia vinculante, o si más bien esa eficacia se hace depender del mantenimiento o revocación de la autorización concedida por el titular del derecho fundamental.

### 1.2.3. El modelo de la normativa sobre eutanasia

Completando este análisis del modelo legal permisivo, debemos aludir someramente a la regulación de la eutanasia.

Como punto de partida, no podemos perder de vista el artículo 10.1 CE, según el cual el libre desarrollo de la personalidad le va a permitir a todo sujeto la posibilidad de trazar su propio proyecto vital sin que el Estado intervenga en ello.

El artículo 15 CE no establece ninguna obligación de los ciudadanos de vivir y seguir viviendo, esto es, de ejercitar positivamente su derecho a la vida. Por lo tanto, el titular del mismo está facultado constitucionalmente a decidir tanto ejercitar su derecho, como no hacerlo, lo que se traduciría, en este último supuesto, en la decisión de dar por terminada su propia vida.

Lo anterior nos lleva a analizar el derecho a la vida y la regulación vigente de la eutanasia, contenida en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

Al margen de otras muchas posibles consideraciones, que no son de este lugar, por lo que concierne a la cuestión que aquí nos trae, esto es, la de constituir un modelo legal de permisión de conductas libremente decididas por el sujeto afectado, en uso de su libertad, la particularidad de la Ley de Eutanasia reside en las cautelas utilizadas para asegurar la formación libre y plena de la voluntad del sujeto. A este respecto, a partir de la fase inicial donde el sujeto manifiesta su intención de no ejercitar su derecho a la vida, se establecen diversas fases decisorias, que buscan la ratificación o confirmación de la voluntad inicial, para asegurar que no se cometen errores en la expresión o exteriorización de esa voluntad de acabar con la propia vida, como medio de impedir la antijuridicidad de la conducta de los terceros implicados, y de evitarles posibles responsabilidades patrimoniales o incluso penales. Una vez cumplidas esas condiciones, el sujeto estará ya facultado para acceder a ese nuevo derecho concedido frente a la Administración. Para llegar a esa primera decisión, se debe garantizar la libertad de decisión, evitando cualquier tipo de presiones

externas, para asegurar una decisión meditada sobre algo que va a resultar irreversible.

A tal fin, deben cumplirse una serie de fases, como las de Información previa, una primera decisión o solicitud y una segunda decisión, con 15 días de separación, y posterior consentimiento informado previo a recibir la prestación (dentro de un proceso deliberativo con el profesional sanitario), mediante documento por escrito, fechado y firmado por el paciente, en presencia de un profesional, que lo rubricará. Como puede comprobarse, la Ley, aun siendo permisiva, trata de asegurar la adecuada formación del consentimiento a través de la reiteración del mismo, *mediante una doble decisión, separada temporalmente, y con la información previamente facilitada por el profesional sanitario correspondiente.*

La Ley de Eutanasia añade *una garantía adicional, como es, de nuevo, la de la libre revocabilidad del sujeto*, esto es, la libertad de cambiar de opinión y cerrar el procedimiento iniciado, a través de los medios oportunos, que puedan llegar a conocimiento de esos terceros. Esa revocabilidad de la decisión, mientras no se haya dada ejecución a la misma, debe ser igualmente libre, y constituye de nuevo una manifestación de ejercicio positivo del derecho fundamental a la vida. Sólo la puede ejercitar el sujeto afectado, sin que pueda hacerlo en su lugar ningún otro, por muy familiar próximo que se sea<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> No obstante, resoluciones recientes dictadas por Juzgados y Tribunales de Cataluña ponen de manifiesto la duda sobre si, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, y respecto de la impugnación de

Es evidente que la Ley de Eutanasia resulta ser excesivamente prolija en sus exigencias, y por tanto enormemente lenta e inadecuadamente garantista, si se piensa en el sujeto titular que quiere dejar de seguir viviendo. A éste le bastaría con tomar su decisión, libre e informada, y que la misma le quede absolutamente clara a quien va a prestar la ayuda necesaria, disponiendo en todo momento, como así ocurre, de la facultad de revocar y deshacer esa decisión, si cambia de opinión, o le sobrevienen dudas.

No obstante, constituye un modelo interesante de carácter permisivo, que puede ser útil como referencia, en cuanto a ser exportable a otros supuestos de declaraciones de voluntad o acuerdos en los que puede ponerse en juego algún derecho fundamental de un sujeto: sin duda una forma de garantizar y asegurarse una adecuada formación de la voluntad puede ser la de exigir al sujeto que reitere su decisión en diversos momentos temporales. Por supuesto, para el correcto ejercicio de la facultad de decidir no ejercitar o renunciar el derecho, será preciso adicionalmente asegurarse de que se ha obtenido toda la información necesaria para tomar la decisión, en aquellos casos en que, como el de la eutanasia, la decisión ya no tenga vuelta atrás, en principio.

---

los actos administrativos emanados de los facultativos responsables, las Comisiones o los Centros sanitarios, es viable legitimar activamente a personas distintas, como familiares próximos del sujeto, en cuanto personas con un cierto «interés legítimo».

#### 1.2.4. La fórmula relativa a los convenios reguladores en situaciones de crisis matrimoniales

Siguiendo un criterio parecido al anteriormente expuesto para la eutanasia, en el campo matrimonial, la regulación legal de las crisis matrimoniales y los posibles acuerdos de ruptura (los llamados convenios reguladores), acometen la disyuntiva entre la permisón y la prohibición, optando por lo primero, aunque con unos límites muy específicos: la posible lesión de los intereses de los hijos menores o de los propios cónyuges (la ley utiliza la expresión «perjudicial para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges»).

Lo singular de la fórmula de los convenios reguladores es que deben ser suscritos y firmados por los dos cónyuges, y ser ratificados en una segunda fase por cada uno de ellos, *de forma separada*, ante el Letrado de la Administración de Justicia (en los casos en que se acude ante la autoridad judicial).

De ese modo, se garantiza que todos los aspectos regulados dentro del citado convenio dispongan del correspondiente respaldo de ambos sujetos, asegurando que la libre decisión ha sido correcta, y que no ha habido motivos para poner en duda la validez de lo acordado.

Ello al margen de *la ratificación judicial del acuerdo*, necesaria en muchos casos, la cual aporta aún mayores garantías del respeto a la ley y los principios básicos constitucionales, además de añadirle la eficacia propia de una resolución judicial (su ejecutividad como título ejecutivo judicial: arts. 517 ss. LEC).

Como la práctica judicial demuestra, en los convenios reguladores de crisis matrimoniales se llegan a acuerdos y estipulaciones que pueden llegar a afectar algunos derechos fundamentales, como el derecho de libertad ideológica y religiosa, el de libre elección de domicilio y convivencia, y en general el principio constitucional de dignidad de una de las partes.

Sin embargo, muchos de esos pactos y estipulaciones pasan el filtro de legalidad, sobre todo porque el control judicial se limita casi siempre al posible perjuicio de los intereses de los menores, si los hay, y dejan a las partes casi total libertad de decidir las consecuencias personales y patrimoniales por la ruptura.

Esta normativa recurre, desde nuestra perspectiva, a una solución que merece tener en cuenta a la hora de otorgar validez a la inmensa mayoría de convenios reguladores, aunque en ellos esté en juego a veces, algunos derechos fundamentales. Existe una razón muy clara para reforzar la validez de lo pactado en esos convenios reguladores, y es que, cuando hay divorcio o separación consensual, *la LEC prevé en su art. 777.3 la exigencia de confirmación por las partes de su conformidad con el divorcio y con el convenio regulador suscrito, mediante la audiencia por separado de ambos cónyuges ante el Letrado de la Administración de Justicia, para ratificar la voluntad de divorciarse y ratificar al mismo tiempo el contenido del acuerdo*<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Dispone al respecto el art. 777.3 de LEC:

«Artículo 777. Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

De ese modo, a través de *un segundo consentimiento ratificador* del primeramente prestado a la hora de suscribir el convenio, ratificación que además se produce *ante un fedatario público*, se consigue una buena medida de control de la necesaria libertad y consciencia de lo querido, a la hora de tomar las propias decisiones, en un campo tan importante como el familiar o matrimonial. Con ese «doble consentimiento», efectuado al menos el segundo ante el LAJ como fedatario judicial, se supera el posible obstáculo de la posible concurrencia de imposiciones o condicionamientos de una parte respecto de la otra, que es lo que suele estar en la base de la doctrina de la *Drittwirkung* en materia contractual, y lo que habitualmente justificaría la posible nulidad total o parcial de lo acordado.

A ello ha de unirse lógicamente el control ejercido por el Ministerio fiscal, quien debe intervenir supervisando el acuerdo cuando existan menores o personas con discapacidad, además de la supervisión general judicial en la fase final, quien también controlará la legalidad de lo acordado, y que los contenidos respondan a lo que es obligatorio tratar en esos con-

---

... 3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, *el Letrado de la Administración de Justicia citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición*. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770. Contra esta resolución del Letrado de la Administración de Justicia podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal....».

venios (art. 90 CC), aunque sin necesariamente excluir otros aspectos jurídicos, que son a veces habituales en ellos.

En suma, entendemos que la general licitud de lo acordado en estos convenios tiene un importante fundamento en ese doble control o doble consentimiento que subyace a la exigencia de ratificación por separado de lo pactado ante el LAJ. Todo ello a salvo los casos en que exista un motivo de nulidad de alguna de las cláusulas, por contravenir alguna norma imperativa concreta<sup>43</sup>.

La práctica judicial demuestra que es muy poco frecuente la impugnación de los convenios reguladores mediante la alegación al efecto de una posible nulidad por falta de consen-

---

<sup>43</sup> Por ejemplo, se ha planteado respecto de la exigencia de forma de escritura pública notarial en las donaciones de inmuebles (art. 633 CC), cuando hubo en el convenio regulador (no suscrito ante Notario) atribuciones patrimoniales gratuitas a favor de uno de los cónyuges o del hijo o hijos comunes. Sin embargo, finalmente el Tribunal Supremo acogió su licitud, al tratarse el convenio regulador de un negocio jurídico oneroso y sin causa gratuita, por cuanto su contenido suele ser fruto de mutuas concesiones de las partes, que hacen viable cualquier estipulación que contenga esas atribuciones de bienes, al responder normalmente a una causa onerosa.

Otro de los casos se ha planteado, ya en el ámbito más personal, respecto de la validez de pactos por los que uno de los ex cónyuges se obliga a cambiar de lugar de residencia, por imposición del otro, pacto que sería considerado casi siempre como nulo, no sólo por implicar una renuncia pactada a la libertad de movimientos del art. 17 CE y la libertad de fijación de residencia del art. 19 CE, sino sobre todo porque en su base se hallaría una cierta presunción de falta de equilibrio y de imposición de condiciones leoninas de uno de los ex cónyuges al otro.

timiento, o por concurrencia de vicios del consentimiento<sup>44</sup>, lo cual es buena prueba de que el sistema resulta eficaz, sin necesidad de recurrir a mandatos prohibitivos.

### 1.2.5. Los pactos prematrimoniales en España: la inexistencia de normas específicas sobre sus posibles contenidos y el control judicial de los mismos

Un último campo de cierta relevancia en los últimos tiempos en el que se pone de manifiesto el posible conflicto entre la libertad (autonomía privada) y la tutela de los derechos, sobre todo los derechos de índole constitucional o personal, es el de los pactos prematrimoniales.

En ellos, es frecuente que se contengan estipulaciones que conciernen a aspectos personalísimos de los sujetos implicados, y por tanto se planteen dudas sobre su legalidad o ilegalidad. De hecho, la jurisprudencia, aún escasa, dictada por la

---

<sup>44</sup> Al efecto, vid. la exposición de este tema en CORDERO CUTILLAS, I., *El Convenio Regulador en las Crisis Matrimoniales (Estudio Jurisprudencial)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pags. 94 ss. y 135 ss..

En cuanto a sentencias recientes de Audiencias Provinciales que han denegado la solicitud de nulidad de un Convenio regulador con base en vicios o falta de consentimiento, cabe citar las siguientes, todas ellas contrarias a la petición de nulidad: Sentencia 83/2025 de 10 Feb. 2025 Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, Sentencia 43/2025 de 21 Ene. 2025 Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, Sentencia 598/2024 de 9 Dic. 2024 Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 323/2024 de 26 Sep. 2024 Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 176/2024 de 10 Sep. 2024 Audiencia Provincial de Castellón, Sección 4ª, Sentencia 796/2024 de 10 Sep. 2024 Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª o Sentencia 83/2025 de 10 Feb. 2025 Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª.

Sal Primera del Tribunal Supremo suele girar alrededor del respeto o lesión de principios constitucionales como la igualdad o dignidad, o de derechos fundamentales determinados, como el de la libertad de divorciarse o de fijación de residencia, entre otros.

Dentro de los pactos prematrimoniales, *el caso más típico en España, hasta la fecha, es el de renuncia anticipada a pensión compensatoria futura*, cuya validez ha sido admitida con carácter general por el Tribunal Supremo, a pesar de la posible afectación de derechos fundamentales y principios constitucionales. Hay que recordar que el propio legislador ordinario viene admitiendo este tipo de pactos de forma implícita pero inequívoca en el art. 97 CC. Es evidente que, entre dos personas mayores de edad, con plena capacidad, y libre autonomía, no puede negarse su validez. Parece poco dudosa su licitud, por cuanto se trata de materia disponible (art. 97 CC). Además, por lo que concierne a la esfera constitucional, esta estipulación no vulneraría ningún derecho ni valor constitucional básico; incluso aunque no fuese un pacto de índole recíproca, sino que sólo uno de ellos se comprometiese a renunciar o no reclamar pensión compensatoria en el futuro, tras la crisis matrimonial.

*El único posible fundamento para declarar la invalidez o ineficacia de este tipo de pactos*, según se ha esgrimido en alguno de los litigios planteados judicialmente, sería el hecho de *haber sido concertados en una situación de abuso de posición dominante de uno de los cónyuges respecto del otro*. Sin embargo,

un supuesto como éste parece relativamente poco probable en una sociedad como la nuestra, donde lo normal es que haya igualdad a la hora de contraer matrimonio. Además, no existe una base legal clara, *de lege lata*, para considerar como causa o vía de anulación el citado de abuso de posición de una de las partes, lo que nos remitiría a los vicios del consentimiento, básicamente.

Veamos puntualmente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al respecto:

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018** ha admitido la validez del pacto prematrimonial concreto en los siguientes términos:

«Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales, son contrarios al orden público.

Debemos declarar que *la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido*, por lo que *no consta alteración del orden público*.

Es más, *los cursos desarrollados por Dña. Gloria, en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral* que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (art. 1255 del C. Civil).

Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, *no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad*.

*...De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria, por el*

hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que *lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio*, por lo que *tampoco pueden considerarse sorpresivos* y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz.

*Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución)...».*

Como se puede comprobar, la sentencia toma como referencia una serie de datos, tales como (sobre todo) la formación de ambos y las posibilidades de inserción en el mercado laboral, para concluir que hubo un pacto equilibrado y no abusivo entre las partes. En realidad, debería ser un dato decisivo el que, analizando de forma objetiva el conjunto de las estipulaciones, y no una sola de ellas, *hubiera una posición equilibrada de las partes*, con recíprocas concesiones y beneficios para ambas<sup>45</sup>. Junto a ello, entendemos que el juez o Tribunal debería valorar no sólo la conducta del sujeto que renunció o se autolimitó, *previa al pacto*, es decir, la que le llevó a prestar el consentimiento o autorización, sino también *la conducta posterior al pacto, demostrada por la posible ejecución de lo pactado*

---

<sup>45</sup> Ello no excluye, sin embargo, la posible validez del pacto de renuncia de sólo una de las partes a la pensión compensatoria futura, en tanto lo haga libremente y sin coacción de la otra.

por la otra parte, que expresaría una conducta seguramente continuada favorable a lo pactado<sup>46</sup>.

La más reciente sentencia sobre pactos prematrimoniales con renuncia anticipada a la pensión compensatoria es la **Sentencia del TS de 13 de marzo de 2023**. En ella, se analiza un pacto en el que se renunciaba tanto a la pensión compensatoria como a la compensación por el trabajo en casa del art. 1438 CC (en el caso, se habían otorgado capitulaciones matrimoniales con remisión al régimen económico de separación de bienes). En dicha sentencia se contienen las siguientes afirmaciones en relación al tema que nos ocupa:

*...La jurisprudencia de la sala ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles. Ello de conformidad con el principio de libertad contractual (art. 1255 CC) y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el art. 1323 CC, en la línea con los principios constitucionales de libertad (art. 1 CE), igualdad (art. 14 CE) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10). Con carácter general, además de las sentencias citadas por el recurrente, la sala ha*

---

<sup>46</sup> Es decir, el hecho de que el sujeto que alega una posible lesión de su derecho fundamental hubiera previamente no sólo consentido el pacto sino que incluso la ha ejecutado con más o menos continuidad, llevaría muchas veces a la consideración de existencia de «actos propios», entendidos al menos en un sentido amplio, y por tanto a una predisposición del juzgador de mantener la vigencia de lo pactado a pesar de una ulterior reconsideración o impugnación por parte de quien renunció o autolimitó su derecho fundamental

dictado otras que han reconocido la validez y eficacia de pactos entre los esposos o entre los futuros esposos. Entre las más recientes, *las sentencias 428/2022, de 30 de mayo, 315/2022, de 20 de abril, 130/2022, de 21 de febrero, y 59/2022, de 31 de enero*, y las que se citan en ellas.

En el caso que debemos resolver, *la renuncia por los futuros esposos* a los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el momento de divorcio *se introdujo de manera preventiva en unas capitulaciones matrimoniales*, junto al contenido típico referido al establecimiento de un régimen económico matrimonial de separación de bienes (art. 1325 CC).

*Nos encontramos por tanto ante unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 CC) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 CC), en el entendido de que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.*

*...Partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consentimiento. En el caso, no se ha denunciado por la esposa ningún vicio del consentimiento ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente*

*formado y emitido. Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su matrimonio anterior e importantes cargas económicas), es decir, contaban con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso conlleva. La futura esposa disponía de una trayectoria personal y vital que impide hablar de una parte «débil» o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente, y ella no lo ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma. Por otra parte, la intervención del notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmaba,...*

*Partiendo por tanto de un consentimiento libre y consciente, en el caso debemos rechazar que pueda apreciarse, por el contenido del pacto y su objeto, referido a derechos patrimoniales disponibles, algún límite a la autonomía privada que permita considerar que es lesivo...*

De esta (escasa) doctrina jurisprudencial se deduce que el Tribunal Supremo se muestra abierto a la licitud de pactos prematrimoniales, como regla general, mostrando con ello una visión netamente permisiva. A la vista de la falta de referencias legales sobre posibles límites o prohibiciones, esa jurisprudencia acaba fijándose primordialmente en la concurrencia o no de una posible posición desequilibrada de alguna de las partes, a la hora de plantearse su posible nulidad, otorgando

en cambio eficacia a tales pactos cuando no haya habido ese desequilibrio.

Al margen de lo anterior, esta doctrina del Tribunal Supremo viene considerando, como una segunda vía posible de nulidad de tales acuerdos, la de la posible lesión o vulneración de los principios y derechos constitucionales, tales como la igualdad o la dignidad, o el respeto del derecho de libertad personal y de libre decisión de permanecer o no unidos por el vínculo matrimonial (arts. 32 CE). De tal modo que, parece defender, en tanto se cumplan esos principios o derechos, las estipulaciones serían válidas, no siéndolo cuando esos pactos o estipulaciones afecten a dichos principios.

Sin embargo, como crítica a tal doctrina, cabe decir que no se establece ningún tipo de matizaciones o de pautas concretas a la hora de delimitar cuándo esa afectación de principios o derechos constitucionales tendrán verdadera relevancia anulatoria.

Por último, de esas sentencias también se puede colegir, de forma implícita, que para el Tribunal Supremo la licitud o ilicitud del pacto o estipulación vendrá dada por el dato de que con lo pactado se haya obtenido, por la parte que renuncia o limita su derecho fundamental, un «beneficio», generalmente económico, o un específico bienestar personal, como consecuencia del pacto. Es decir, en la medida en que se pudiera acreditar que el sujeto que renuncia o autolimita su derecho fundamental, o su propia «dignidad», ha podido conseguir como contrapartida una ventaja palpable y apreciable, decaería cualquier posibilidad de anular el pacto por contrario al

«orden público constitucional» (libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges). Porque ello sería la demostración palpable de que no hubo el «estado de necesidad» que aboca a un desequilibrio contractual apreciable. Sobre ello se vuelve más adelante.

Como puede comprobarse, los criterios que ha seguido el Tribunal Supremo en este ámbito son muy escasos y sobre todo muy poco precisos, y con un fundamento legal bastante dudoso. Por lo tanto, las sentencias dictadas hasta la fecha por la Sala Primera del Tribunal Supremo no proporcionan, a día de hoy, las pautas o herramientas necesarias para establecer los límites que permitan discernir entre un pacto matrimonial válido y uno inválido, por lesionar el principio de igualdad, o el de dignidad, en suma, por contrariar presuntamente el «orden público» (art. 1255 CC), que aquí vendría representado, de forma un tanto discutible, por los derechos fundamentales y principios constitucionales básicos.

#### 1.2.6. Algunas conclusiones sobre el modelo permisivo

Existe una orientación bastante definida en nuestra legislación acerca de los contratos, acuerdos o negocios jurídicos en los que se pongan en juego derechos fundamentales o valores constitucionales, que se manifestaría en lo siguiente:

1. Libre revocabilidad del consentimiento prestado: En primer lugar, es muy importante destacar cómo, en todos aquellos acuerdos o contratos (de servicios, casi siempre, pero no sólo) en que se vean afectados, sobre todo como objeto único del acuerdo, o como uno de sus objetos principales, derechos

fundamentales o libertades públicas, se puede trazar *una clara orientación legal dirigida a reconocer siempre al titular del derecho fundamental afectado una facultad de libre revocación del consentimiento o autorización prestados*. En todos los casos analizados en los que existe un texto legal específicamente regulador, se concede al titular del derecho fundamental afectado una facultad de revocar y dar por concluido el hipotético vínculo establecido con otro sujeto, sea persona física o jurídica, con una mayor o menor amplitud, con un mayor o menor acierto por parte del legislador de cada caso.

*En los contratos o acuerdos con un derecho fundamental como objeto principal* el particular afectado dispone en todo momento, y sin sujeción a condicionante alguno, la facultad de revocar su consentimiento y deshacer de forma inmediata los efectos del presunto acuerdo, sin que ello le deba suponer unas consecuencias económicas muy graves o muy desfavorables. Seguramente de forma intuitiva, *el legislador viene a generalizar este instrumento, por encima de cualquier consideración acerca de la nulidad de lo pactado*, convirtiéndolo en algo muy importante, susceptible además de aplicarse por analogía a casos no específicamente regulados legalmente<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Podemos poner algunos ejemplos o manifestaciones más, donde un sujeto viene a autolimitar o renunciar puntualmente a alguno de sus derechos, donde, aun no existiendo norma específicamente aplicable, encaja perfectamente en ellos esa facultad de libre revocación. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que un sujeto se compromete a encerrarse durante un tiempo como experimento científico, o a someterse a determinadas pruebas dentro de una investigación médica o científica novedosa, o en un acuerdo de compromiso de prácticas sadomasoquistas continuadas, o un compromiso de

De todo lo expuesto en los casos analizados en este último apartado, se puede extraer *una conclusión primera*: que, fuera del caso últimamente expuesto de los pactos prematrimoniales, que presenta una serie de singularidades (que luego se examinan), existe una línea conductora en todos estos casos según la cual la concurrencia de autorización o consentimiento del titular del derecho hace lícita la renuncia o autolimitación del propio derecho fundamental frente a determinados terceros, a pesar de tratarse de un ámbito teóricamente personalísimo como el referido a los derechos fundamentales o derechos de la personalidad. Ese consentimiento prestado a la intromisión viene a legitimar todo lo actuado, lo cual supone que dicho consentimiento es, de hecho, el único freno o referencia legal frente a una posible licitud o ilicitud de lo realizado por la parte autorizada, no pudiendo considerarse aplicables de forma directa los límites generales de los pactos y acuerdos (art. 1255 CC): ley, moral y orden público)<sup>48</sup>, lo cual diferenciaría estos

---

integración duradera en un grupo o asociación que restrinja a sus miembros la libertad de contraer matrimonio, o de relacionarse con personas ajenas al grupo, etc.. En todos estos casos es evidente que el sujeto debe disponer de la máxima libertad a la hora de recuperar la situación anterior, mediante el ejercicio de la facultad revocatoria del previo consentimiento dado, sin que sean admisibles ni eficaces cualesquiera mecanismos o cautelas, pactadas para asegurar la continuidad del vínculo.

<sup>48</sup> A lo sumo, el único límite a la licitud de lo actuado cuando hubo previa o simultánea autorización del sujeto titular afectado, sería el de una posible extralimitación por expandirse a supuestos o situaciones no autorizadas, en cuanto el consentimiento debe entenderse centrado o limitado al ámbito concreto de lo solicitado.

actos o acuerdos netamente del resto de contratos o negocios jurídicos.

2. Pero esa conclusión se completaría con una segunda, que matiza ampliamente la primera: que *esa intromisión lícita del tercero cederá siempre ante una posible revocación del titular del derecho, susceptible de ejercitarse en cualquier momento (en que sea todavía posible), y sin sujeción a alegación alguna de causa o motivo para revocar*. De tal modo que, producida la revocación, *a partir de ese momento se vuelve ilícita la intromisión* (si es que continúa la actividad por parte del sujeto autorizado), y no podrá ya producir los efectos que hasta entonces se habían generado, aunque así se hubiera pactado. Es más, *a partir de entonces, entrarán en juego las reglas propias de la lesión extracontractual de los derechos fundamentales*, con posibilidad de indemnizaciones por daños morales y de otro tipo, y la posible solicitud judicial de medidas de cesación de la actividad (ya ilegítima).

Esto supone una consecuencia muy relevante, y es *la preponderancia, en el ámbito de acuerdos o negocios sobre estas materias, de los derechos fundamentales y libertades públicas, por encima de la propia autonomía privada*. Es decir, los derechos fundamentales se deben anteponer a la libertad representada por la autonomía privada, cuando esta venga a chocar con aquéllos.

No es tanto que estos derechos constituyan un límite a la autonomía privada (por razón de hipotético «orden público»), como en general se sostiene por la mayoría de la doctrina,

cuanto que los derechos fundamentales siguen latentes a pesar del «pacto», y pueden legitimar la ineficacia sobrevenida de dichos pactos o acuerdos cuando el sujeto titular así lo decida, no pudiendo el sujeto beneficiado por esa autolimitación o renuncia pactada exigir en vía judicial la ejecución de lo presuntamente acordado.

En la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo encontramos diversas sentencias en las que se trata de resolver distintos litigios en los cuales, habiéndose celebrado contratos o actos jurídicos que pudieran afectar a derechos fundamentales, se discute sobre la validez o invalidez del consentimiento prestado por el titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado, o cuya dignidad se ha puesto en cuestión, y sobre su revocación ulterior.

Un caso paradigmático lo constituye la famosa **Sentencia num.26/2013 de 5 de febrero** referida al menor futbolista cuyo padre representante legal firma un precontrato con el FC Barcelona, en el que se incluye un compromiso a cargo del hijo menor de edad durante diez años, con cesión de derechos de imagen y una penalidad de tres millones de euros si rompe ese contrato, cosa que finalmente sucedió, pues el hijo firmó con el RCD Español. Frente a la demanda de cumplimiento del contrato y reclamación de daños y de la penalidad pactada, el demandado alega la nulidad del contrato suscrito. El Tribunal Supremo acoge esta última pretensión, y además de aducir la tutela del interés del menor, señala, en relación a posibles derechos fundamentales afectados (en el caso, el derecho a la propia imagen):

...También conviene dejar sentado que la prevalencia del interés superior del menor y el libre desarrollo de su personalidad adquiere especial relevancia cuando en el precontrato (pacto cuarto), que debería limitarse al ámbito de la formación, se incluye la cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional. En este sentido, se tiene que tener en cuenta que *el derecho a la imagen tiene un ámbito patrimonial, pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales, es de aquellos derechos más relevantes y trascendentes, ya que tiene por objeto alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y podrá ser revocado en todo momento...*

Como se comprueba, la sentencia contiene un pronunciamiento muy importante respecto de la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la eficacia y exigibilidad de los acuerdos de cesión de imagen, y establece una pauta muy clara: *aun cuando este derecho a la propia imagen tiene una vertiente o ámbito patrimonial, el mismo resulta indisoluble de su ámbito personal, por lo que se debe otorgar preferencia a las características y régimen jurídico propio de esta vertiente, propia de todos los derechos fundamentales, entre las cuales se halla la de la libre revocabilidad en cualquier momento, además de la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Ello implica la adopción por la Sala Civil del Tribunal Supremo de una*

postura clara acerca de la naturaleza de este tipo de acuerdos<sup>49</sup>: en el sentido de que son improcedentes los actos de ejecución de los acuerdos de cesión de imagen, cuando consta la (sobrevvenida) voluntad contraria del titular del derecho, al revocar el consentimiento dado en su momento a la intromisión de tercero en su ámbito personal<sup>50</sup>.

Mucho más clara e inequívoca es la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo 127/2020 de 26 de febrero**, que defiende abiertamente la preponderancia de la faceta personal, y permi-

---

<sup>49</sup> Una aclaración importante: ni en la regulación contenida en la L.O 1/1982, ni en ninguna otra normativa complementaria de las antes examinadas, se dice en ningún momento por el legislador que estemos ante un contrato propiamente tal. Más bien se parte de que *nos hallamos ante un acto de autorización del titular del derecho*, con o sin compensación a cargo del tercero beneficiario, pero no se dice que estemos ante un contrato del que nazcan obligaciones exigibles para ambas partes (en particular, no hay técnicamente una obligación del titular del derecho fundamental de mantener su deber de permitir la intromisión del tercero, en contra de su propia voluntad, si la misma ha cambiado).

<sup>50</sup> Resulta sin embargo llamativo que la sentencia acabe pronunciándose a favor de declarar la nulidad de pleno derecho del precontrato de trabajo suscrito, así como de la cesión de imagen y la penalidad estipulada. Lo más lógico hubiera sido declarar la ineficacia sobrevvenida del conjunto de lo contratado, como consecuencia de una específica e implícita revocación del consentimiento prestado. Esa ineficacia tendría efectos además *ex nunc*, esto es, desde que se procedió al cambio de opinión, pero manteniendo los efectos ya producidos durante los meses o años en que el menor estuvo bajo el paraguas del club de fútbol demandante, dado que el consentimiento se mantuvo vigente durante ese período de tiempo, por lo que no sería calificable como intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales el uso o aprovechamiento durante el tiempo en que se cumplieron por ambas partes las distintas estipulaciones.

te la revocación del consentimiento prestado aun cuando haya implicaciones económicas:

*«... 13.- Las motivaciones que guían la voluntad de la persona respecto de la difusión que puedan tener sus rasgos identificadores pueden ser de diversa naturaleza, incluida la económica, sin que eso le impida ejercitar esa libre autodeterminación y que la haga efectiva a través del ejercicio de acciones de defensa de su derecho fundamental. Los intereses económicos que puedan subyacer bajo un determinado derecho subjetivo no determinan necesariamente el conjunto de facultades que integran este derecho, ni tampoco su naturaleza. El derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 de la Constitución no se transmuta, por la mera presencia de aquellos intereses, en un derecho de naturaleza exclusivamente patrimonial, ajeno al ámbito de protección de dicho precepto constitucional.*

*... 15.- Aunque se entendiera que, por las circunstancias del caso, el demandante era consciente de que la captación de su imagen iba destinada a ser reproducida en catálogos, folletos, páginas web, etc., de la sociedad AMSL, y que, por tanto, por las circunstancias concurrentes, su consentimiento para esta utilización pública se desprendía de actos inequívocos, ese consentimiento es revocable en cualquier momento, y en el caso objeto del recurso, el demandante ha hecho saber a la demandada que no consiente la utilización que de su imagen, nombre y firma se estaba haciendo en la página web de la sociedad AMSL.*

*16.- En este sentido, la nuestra sentencia 266/2016, de 21 abril, declaró:*

*«Al venir delimitado el ámbito protegido en la ley por el consentimiento del titular del derecho ( art. 2.2 LO 1/1982), debe entenderse que la revocación del consentimiento también incide en el derecho a la propia imagen como derecho funda-*

*mental, es decir, no exclusivamente en su aspecto o dimensión puramente patrimonial, pues así resulta tanto del carácter esencial atribuido por la propia LO 1/1982 al consentimiento como del contenido de la STC 117/1994, centrado en la relevancia del consentimiento y de su revocación para el derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental».*

Este mismo planteamiento lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, el TC ha venido a reconocer esa imposibilidad de discernimiento entre la faceta patrimonial y personal del derecho a la imagen, permitiendo en todo caso la revocación del consentimiento aun dentro del ámbito de los contratos o negocios de cesión de imagen. Lo dice la **STC núm. 117/1994 de 25 abril**, a la que antes remitía el Tribunal Supremo, en los siguientes términos:

*Cierto que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imá-*

genes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional.

En países como Italia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano se ha expresado en unos términos muy similares, y una parte de la doctrina también se ha mostrado conforme con ello. Así, las importantes **Sentencias de la Corte de Cassazione de 17 febrero 2004 y 19 noviembre 2008**, consideran desde hace tiempo, y sin haber sido modificada dicha doctrina por otra posterior, que los actos realizados por el titular del derecho al ceder su imagen, son siempre actos unilaterales de renuncia a específicas formas o modalidades de ejercicio del derecho fundamental, y en ellas se dice expresamente que el consentimiento a la cesión de la imagen, si bien puede eventualmente aparecer insertado en un contrato, resulta algo distinto y autónomo del mismo, lo cual es muy importante –se dice– a los efectos de su revocabilidad, que debe ser admitida en todo momento respecto del titular del derecho<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Vid. al efecto RUIZ-RICO ARIAS, M.D., *Autonomía de la voluntad y renuncia unilateral. La renuncia a los derechos fundamentales. Su incidencia en el ámbito civil*, ed. ATELIER, Barcelona, 2023, pág. 202 ss..

Sobre el debate habido en España acerca de la existencia o no de verdadero vínculo contractual, especialmente en los acuerdos de cesión de la imagen, remitimos al apartado 1.2.1. de este trabajo.

3. Lo anterior lleva a la consecuencia muy relevante de que si, de hecho, los derechos fundamentales se sitúan jurídicamente por encima de la autonomía privada, *el principio o regla de la libertad sufre ya un primer y muy considerable revés en nuestro Ordenamiento jurídico: desde una perspectiva estrictamente jurídica, y no ideológica, la autonomía de la voluntad no lo es todo, ni es prevalente en nuestra sociedad, puesto que, por encima de ella se hallarían (o se pueden hallar) los derechos fundamentales y libertades públicas.*

Esta conclusión es completamente lógica: si se diera preponderancia a la libertad de contratación por encima del derecho fundamental del que uno puede ser titular, se podría imponer cláusulas y condiciones que a la postre podrían hacer inútil y vaciar de contenido cualquier derecho fundamental. Bastaría con recoger con detalle en las estipulaciones contractuales la preeminencia de lo pactado y la ineficacia de cualquier acto revocatorio.

El legislador ordinario debe hacer todo lo posible por evitar vaciar de contenido un determinado DF en las relaciones entre particulares. De ahí que la libre revocabilidad sea un instrumento que planea de manera general por encima de la regulación de muchas materias afectantes a derechos fundamentales<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Esto ya veremos ahora que también tiene sus matices y distinguos: si se trata de una sola cláusula contractual la que afecte a un derecho de este tipo, no por ello se podrá dejar de cumplir lo pactado. En principio, y como

Como consecuencia de lo anterior, la nulidad no es seguramente el instrumento adecuado en muchos casos para resolver las disputas y para hacer eficaz la garantía de los derechos fundamentales respectivos en las relaciones privadas. Muy probablemente, es preferible el instrumento de la libre revocabilidad (sin un especial castigo económico por su uso) por parte de quien no quiera sentirse vinculado, o se vea mal tutelado en sus intereses por el acuerdo al que se había llegado.

### **1.3. Conclusiones finales acerca de los dos modelos (prohibitivo y permisivo)**

El análisis de los distintos modelos legales (prohibitivo y permisivo) referidos a la autonomía privada en el ámbito personal, y el juego en él de los derechos fundamentales y los principios constitucionalmente reconocidos, lleva a una serie de conclusiones.

1. La primera sería que no cabe generalizar, y que cada situación o grupo de casos exige seguramente una regulación diferenciada (distinguir, distinguir y luego distinguir).
2. La segunda, que el legislador debe ser enormemente cuidadoso a la hora de establecer una prohibición legal, por

---

regla, el resto del acuerdo no afectado debería poder cumplirse, a menos que estuviera conectado en el sentido de haberse percibido algún tipo de contraprestación o ventaja precisamente por la autolimitación del propio derecho. Sobre ello se vuelve más abajo.

cuanto puede afectar directamente los intereses de personas o grupos de ellas. Debe por tanto justificar muy bien aquello que decide prohibir.

3. La tercera, que debe procederse a revisar muchas de las prohibiciones legales, por ser contraproducentes para las personas a las que se dice proteger. Así, por lo tanto, debe atenderse antes a la opinión o postura de esas personas, antes o por encima de pronunciarse por una regla prohibitiva. En consecuencia, el principio de libertad o autonomía privada debe resplandecer en lo posible, procurando las menores limitaciones o prohibiciones posibles. Eso significa atender lo menos posible a consideraciones externas de «dignidad», para justificar la regla prohibitiva, cuando con ello se lesionen las legítimas expectativas o intereses de los sujetos afectados actualmente, o susceptibles de verse afectados en el futuro.
4. La cuarta, que existen muy diversos instrumentos legales que permiten, respetando la libertad y autonomía de los ciudadanos, y su libre decisión de contratar, o de decidir a nivel unilateral, conseguir el objetivo de asegurarse de una libre, consciente y equilibrada prestación del consentimiento, tales como los siguientes:
  - La posibilidad de prestar el consentimiento *a través de una doble manifestación de voluntad*, en momentos distintos, con lo que se permite una mayor reflexión y una mayor seguridad en la expresión de la propia voluntad.

- *La posibilidad del control del Notario o de otro funcionario especializado e independiente*, en tanto se haga de manera efectiva, con asesoramiento a la parte que presuntamente pudiera parece más débil.
  - La posibilidad de exigirse legalmente (o negocialmente) la aportación, por la otra parte, de la *información previa que sea adecuada y completa* para la formación libre y consciente del consentimiento negocial.
  - La posibilidad de que las partes, una vez informadas de forma completa, *presten su consentimiento por separado, como garantía máxima de independencia*, haciéndolo ante fedatario público o ante el funcionario especializado e independiente que corresponda.
  - Finalmente, *en todo caso, la concesión de una facultad de revocar el propio consentimiento prestado*, por cambio de opinión, sin que ello implique un deber de compensar o indemnizar que tenga un contenido económico excesivamente gravoso.
5. La quinta, que no son iguales los contratos que los negocios unilaterales, y no se deben confundir decisiones de índole personal, con aquellas otras de contenido netamente patrimonial, donde la autonomía ha sido siempre mucho mayor. Por ejemplo, como la de establecer condiciones en un testamento para recibir bienes del testador. (de nuevo, distinguir).
6. La sexta, que la libertad, esto es, la autonomía de la voluntad, debe ceder ante la presencia de derechos fun-

damentales. Cuando el objeto principal del acuerdo sea una autolimitación o renuncia puntual a uno de estos derechos, con o sin contraprestación, el titular afectado debe disponer de la facultad de revocar y deshacer lo pactado, sin que la contraparte disponga, tras esa revocación, de una pretensión de cumplimiento. Lo cual, a la postre, implicará una primera y muy importante restricción a la autonomía privada. No es que los derechos fundamentales sean, por razón de un hipotético «orden público», un «límite» a la autonomía privada ex art. 1255 CC, que determine como efecto la nulidad total o parcial de lo pactado. Es más bien que ese derecho fundamental no perderá su vigencia a pesar del pacto, y podría en cualquier momento reactivarse con total libertad por parte de su titular, revocando (expresa o tácitamente) su consentimiento previo a la intromisión. Así se haría a partir de entonces inoponible lo pactado, pero dejando vigente y eficaz los actos y efectos producidos hasta el momento de la revocación, sin que por tanto se produzca un efecto retroactivo o «*ex nunc*», como sucedería si se calificara el acuerdo como nulo, total o parcialmente. Ello al margen de una hipotética compensación económica por el acto revocatorio, que no sería técnicamente una indemnización derivada del incumplimiento ni respondería a una remuneración por el beneficio dejado de obtener.

## **2. Libertad *versus* igualdad. El desequilibrio entre partes y la búsqueda del equilibrio. La necesaria tutela de los sujetos o colectivos en situación de vulnerabilidad**

### **2.1. El origen y el fundamento de la tutela civil de la igualdad: el principio de igualdad real del artículo 9.2 de la Constitución española y su relevancia jurídica**

Nos enfrentamos ahora al segundo de los campos básicos en los que se desenvuelve la «batalla» jurídica del Derecho Civil y el Derecho privado de los momentos presentes. Ya hemos aludido puntualmente a esta cuestión, y ahora se hace necesaria una reflexión más detallada.

*Es un hecho incuestionable que vivimos en una sociedad de grandes desequilibrios, de cada vez mayores desigualdades sociales, económicas e incluso personales.*

Desde el inicio del presente siglo XXI, y en especial desde la crisis económica de 2007-2008, esas desigualdades se han acelerado. Estamos incluso asistiendo, según algunos, a la desaparición o destrucción de las clases medias, y provocándose un enorme distanciamiento entre un sector muy minoritario de la sociedad, compuestos por personas y grandes corporaciones y sociedades, que ostentan de forma casi monopolística el control sobre los más importantes sectores económicos y tecnológicos, y el resto de la sociedad.

Se puede además constatar que existen desigualdades en muy diversos ámbitos, que dan lugar a grupos o colectivos vulnerables, pero estos no siempre son fáciles de identificar de manera precisa, aunque pudieran ser susceptibles de ser genéricamente identificados. Ahora nos referiremos a ello, pero, por poner un ejemplo de la dificultad, baste citar cómo en el típico ámbito de la defensa de los consumidores, una reciente normativa ha empezado ya a distinguir entre los llamados «consumidores vulnerables», y el resto de consumidores, que serían también tradicionalmente considerados como vulnerables, pero que ahora lo serían, presuntamente, «menos», es decir, menos que los primeros.

Al margen de lo anterior, constituye una preocupación histórica de los legisladores de cada época la de proteger a los sujetos individuales que pudieran hallarse en una posición de grave desequilibrio respecto de otra, con la que pretende o va a contratar o adoptar algún tipo de acuerdo o decisión.

De hecho, *en el Código Civil de 1889 y en la legislación civil de esos años ya existía* una cierta (aunque limitada) preocupación del legislador de proteger a los sujetos especialmente débiles o vulnerables. Dentro del Código Civil destaca la tutela de los prestatarios a través de la prohibición del pacto sucesorio (arts. 1859 y 1884 CC) o de los trabajadores y asalariados, mediante la prohibición de contratos de servicios de duración indefinida (art. 1583 CC), entre otras. Fuera del Código, destaca la Ley de Usura del año 1908, que protegía y protege a los prestatarios de los préstamos con tipos de interés usurario o pactado en condiciones leoninas.

*En la actualidad, existe, en todos los países de nuestro entorno, y a nivel europeo, una evidente tendencia dirigida a la corrección del dogma del principio de la santidad del contrato, y de la validez y licitud de cualquier tipo de pacto, por el hecho de haber prestado las partes su consentimiento al mismo. La preocupación actual se basa en la cada vez mayor situación de preeminencia de determinados agentes económicos (grandes empresas multinacionales, sociedades cuasi monopolísticas o las propias Administraciones públicas), que está obligando a los legisladores a introducir importantes mecanismos correctores en los contratos y negocios jurídicos, ante el hecho evidente de que con mucha frecuencia no existe la suficiente libertad a la hora de contratar ni la suficiente consciencia o información previa necesaria para culminar acuerdos o negocios verdaderamente queridos. Con ellos se trata de conseguir, en la medida de lo posible, restablecer un equilibrio entre las partes, que no se logra con los instrumentos tradicionales de los códigos civiles, básicamente los vicios del consentimiento típicos (intimidación, violencia, dolo o error)<sup>53</sup>.*

*¿Podemos decir que existe una base constitucional que permita, desde una perspectiva estrictamente jurídica y no ideológica*

---

<sup>53</sup> Como dijo en su momento REVERTE NAVARRO, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo), Tomo XVII, vol. I-A (arts. 1254 a 1260 del C. Civil)*, EDERSA, Madrid, 1993, pág. 117, la libertad contractual y la autonomía privada está subordinada a la solidaridad social, y este, en el ámbito contractual, se podría traducir en el mantenimiento de una posición de igualdad material de las partes contratantes, mediante la intervención pública con base el art. 9.2 de la Constitución.

*ca, sostener que es un mandato de todo legislador procurar que sus ciudadanos tengan, en todos los ámbitos posibles, una tutela jurídica dirigida a equilibrar las situaciones de desequilibrio o desigualdad entre ellos?*

Visto en perspectiva histórica, la verdadera base jurídica para ello la encontramos sin duda en el art. 9.2 de la CE, cuando establece la necesidad de procurar la igualdad real, no sólo la legal, entre las personas y grupos sociales.

Como ha sido dicho, no basta con el principio de igualdad formal ante la ley (art. 14 CE), puesto que aplicar la mera igualdad formal a personas que están en una situación real diferente, en particular, a personas que ocupan una posición social desfavorecida, contribuye a perpetuar la desigualdad real, por lo que los poderes públicos deben dictar entonces normas que favorezcan a ciertos colectivos que se encuentran en una situación social inferior. La igualdad real del art. 9.2 CE, o igualdad de oportunidades requiere en ocasiones otorgar un trato de favor de personas en situación real de subordinación para que compitan por las ventajas sociales en condiciones equiparables a los miembros del grupo hegemónico, a través sobre todo de las llamadas medidas de acción positiva<sup>54</sup>.

*Pero ¿de ahí cabe deducir que existe un mandato constitucional dirigido a los legisladores de cada momento, al margen de su*

---

<sup>54</sup> CARMONA CUENCA, E., *Comentarios a la Constitución Española. En memoria de Pablo Pérez Tremps*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2024, pág. 206 (comentario al art. 9.2 CE).

*ideología, por el que se vean obligados a legislar de tal modo que opten siempre y en todo caso por la igualdad?*

Resulta complicado, pues la doctrina constitucionalista española no se pone de acuerdo sobre el alcance real del mandato contenido en el art. 9.2 CE. En todo caso, sí podemos decir *que existe ya un cuerpo de doctrina del TEDH que va en la línea citada de exigir de forma activa y positiva que los Estados miembros de la Convención Europea otorguen un trato diferente a aquellos grupos en los que se dé una «desigualdad de hecho»*<sup>55</sup>.

Debemos preguntarnos: ¿hasta qué punto podemos decir que este art. 9.2 CE tiene relevancia en las relaciones privadas?

Desde luego, dicha norma sirve o puede servir, a nuestro juicio, de fundamentación formal de orden constitucional para introducir normas o conjuntos normativos que distingan grupos de sujetos calificables como vulnerables, en su comparación con otros grupos social o económicamente predominantes; ello siempre en la medida en que esté suficientemente bien justificada esa distinción, en cuanto contrastada con hechos y datos reales.

Del mismo modo, ese art. 9.2 CE puede servir de base para la promulgación de normas civiles aplicables a situaciones de inferioridad o de vulnerabilidad, aun cuando no existan grupos identificables como vulnerables; por tanto, normas que regulen situaciones concretas en las que, habiendo dos o partes, alguna de ellas se pueda demostrar que se encuentra en una

---

<sup>55</sup> Vid. CARMONA CUENCA, *ob.cit.*, pág. 208-209.

posición desequilibrada respecto de la otra u otras. No se olvide que la norma habla de igualdad real «*del individuo y de los grupos*», lo que implica la licitud de medidas legales dirigidas a proteger de forma prioritaria a sujetos concretos no integrados en grupos identificables de personas vulnerables.

Por último, dicho principio de igualdad real puede y debe ser igualmente el respaldo genérico para que los jueces y Tribunales, en la aplicación de las leyes, orienten sus soluciones hacia criterios interpretativos y aplicativos dirigidos a corregir posibles desequilibrios entre partes en disputa.

Sin embargo, *lo que resulta dudoso a nivel de debate doctrinal y legal es si es viable el reconocimiento de un hipotético derecho subjetivo fundamental, con base en el art. 9.2 CE, a la igualdad real o igualdad de hecho*, que determinaría una obligatoriedad general del legislador (y también de los intérpretes y aplicadores del Derecho) de proteger de forma positiva a los más débiles en sus relaciones particulares con los más fuertes o poderosos. Aunque ha habido autores prestigiosos que lo han planteado<sup>56</sup>, parece difícil su reconocimiento, y de hecho el Tribunal Constitucional español se resiste a hacerlo hasta la fecha<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> En esta línea, vid., en Alemania, ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Versión castellana Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 402 a 418.

<sup>57</sup> Vid. CARMONA CUENCA, «La prohibición de discriminación (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)»; en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos humanos* (Coord. J. García Roca y P. Santolaya), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 684 ss.

## **2.2. La tutela de los colectivos vulnerables. La dificultad de delimitación legal de quiénes sean colectivos vulnerables**

En los últimos tiempos, existe la tentación de los legisladores de propiciar una generalización de la tutela de posiciones desequilibradas a partir de la identificación, no ya de personas singulares, sino de grupos de sujetos con unas características comunes, o de sujetos heterogéneos pero en unas mismas situaciones o coyunturas, y a partir de ahí, disponer de manera imperativa (o tuitiva) una serie de instrumentos de tutela.

*Esta fórmula se ha demostrado útil en algunos casos, aunque siempre es susceptible de crítica, o al menos de matices y distinciones, para evitar una tutela efectuada «grosso modo» y sin suficiente acierto en la delimitación de sujetos.*

Por lo pronto, desde una perspectiva netamente liberal (hoy, también una ultraliberal), cabe negar la mayor, y poner en tela de juicio la conveniencia u oportunidad de una tutela de grupos de personas.

Frente a ello, no se puede negar que en nuestras sociedades actuales existen cada vez más desequilibrios económicos y jurídicos, y que *el Derecho siempre surgió justamente –entre otros motivos– para la tutela de los más débiles*, facilitando su acceso a los medios económicos precisos y a los instrumentos jurídicos imprescindibles para su desarrollo personal, profesional y social.

Así, la tutela de los ciudadanos, en la medida en que se haga por grupos bien delimitados, propicia una mayor fluidez en las

relaciones sociales y económicas, y sin duda resulta beneficiosa para todo el conjunto de la sociedad, evitando situaciones de tensión que desemboquen en graves disturbios sociales o en revoluciones populares.

Lo que sucede es que resulta muy delicada la decisión de política legislativa de delimitar el grupo de sujetos vulnerables o las situaciones genéricas de vulnerabilidad.

Por poner un ejemplo muy evidente, basta pensar en las graves disputas doctrinales y judiciales acerca quién es técnicamente un sujeto «consumidor», a efectos a asignarle los mecanismos protectores dispuestos legalmente para ellos<sup>58</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho español vigente, esa dificultad de delimitación de grupos vulnerables se manifiesta de manera muy especial en dos ámbitos:

- El primero, en la distinción, creada recientemente mediante la **Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica**, entre «consumidores vulnerables» y el resto de consumidores, los que llamaríamos consumidores «normales», que siguen siendo un colectivo considerado legalmente como vulnerable.

---

<sup>58</sup> Vid. al efecto, por ejemplo, PASQUAU LIAÑO, M., «De la protección del consumidor a la reforma del Derecho común de la contratación», en *El Contrato: Apuntes para una revisión* (Coord. B. Añoveros Terradas y S. Llebaría Samper), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 269 y 272 ss.

No se alcanza a comprender bien las razones de esta nueva matización legal entre unos y otros, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina que se ha ocupado del asunto<sup>59</sup>.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la distinción entre «consumidores a secas» y «consumidores vulnerables» puede responder a un determinado fin razonable, aunque ciertamente no aparece tal cosa plasmado en esa normativa, como hubiera sido deseable. Ese fin guarda relación con multitud de situaciones que se producen en la realidad social actual, donde determinados consumidores, por su ignorancia y su máxima debilidad, ni siquiera se atreven a entrar en la dinámica de defensa de sus derechos, como sí hacen una parte muy importante de los consumidores, quienes con frecuencia deciden ejercitar esos derechos, al menos extrajudicialmente, como advertencia a las empresas de las vulneraciones en que han incurrido. Frente a estos, existe un sector de la sociedad que ni siquiera tiene los conocimientos, instrumentos o apoyo precisos para ejercitar mínimamente

---

<sup>59</sup> Vid. al efecto, MARIN LOPEZ, M. J., «El concepto de consumidor vulnerable en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 37, 2021, págs. 111-120. También ROJANO MARTÍN, N., «La vulnerabilidad en el ámbito del consumo y su tratamiento en la Ley 4/2022: «mucho ruido y pocas nueces», en el volumen *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal (Dir. M. V. Mayo del Hoyo y S. de Salas Murillo)*, ed. Aranzadi, Las Rozas, 2024, pág. 1039 ss.

sus derechos. A pesar de poder disfrutar del acceso a un Abogado de oficio que les aconseje y dirija sus actuaciones, ni siquiera dan ese primer paso, y quedan fuera del circuito de tutela de los derechos y facultades concedidas legalmente a los consumidores.

- El segundo, tiene que ver con lo que llamaremos «vulnerabilidad habitacional», y que incluye un conjunto de normas, creado sobre todo a partir de la crisis sanitaria del COVID, donde se adoptan múltiples medidas protectoras de aquellos sujetos con o sin derecho sobre una vivienda, cuando las circunstancias económicas y personales les hayan conducido a la pérdida de cualquier derecho, real o personal, que previamente ostentaban sobre la vivienda, en incluso cuando ni siquiera ostentasen ningún derecho de uso previo.

En este colectivo de sujetos considerados y calificados legalmente como vulnerables, se incluyen situaciones muy heterogéneas entre sí, que han llevado a una crítica doctrinal casi unánime, y que han ocasionado alguna reforma legal suavizadora y, sobre todo, una aplicación judicial compensadora de los graves perjuicios que se ocasionan con ellas a los titulares dominicales de dichas viviendas. Ahora se expone con algo más detenimiento.

En cambio, la tutela legal de otros grupos resulta bastante más sencilla, y no es objeto de discusión (a lo sumo, de alguna matización). El ejemplo palmario lo representa el grupo representado por los menores de edad, que tiene además una

indiscutible base constitucional (art. 39.2 y 3 CE), y que ha sido objeto de amplio desarrollo a nivel internacional, sin haber generado polémicas entre los estudiosos, ni tampoco en la práctica judicial (salvo casos puntuales: maternidad subrogada, por ej.).

Al margen de lo anterior, a nivel doctrinal, ya se está empezando a generalizar el concepto de vulnerabilidad, y la catalogación de posibles grupos vulnerables nuevos: por ejemplo, se empieza a hablar de «vulnerabilidad tecnológica», o de «vulnerabilidad sanitaria», entre otras<sup>60</sup>.

Ello es, en todo caso, una muestra más de cómo se tiende a nivel legal y doctrinal, y al margen de concretas ideologías, hacia una expansión de la idea de igualdad (igualdad real), como freno o antídoto frente un desmesurado entendimiento de la idea de libertad o de autonomía privada.

### 2.2.2. Hacia un modelo general de régimen jurídico, aplicable a los distintos colectivos vulnerables: aspectos comunes y aspectos diferenciales

Una vez hecha la identificación e individualización del colectivo vulnerable, procede examinar su régimen jurídico. Para ello, conviene remitirse a las específicas regulaciones legales de cada uno de los colectivos calificados como vulnerables en nuestro Derecho.

---

<sup>60</sup> Vid. al efecto los distintos trabajos sobre la materia en el volumen antes citado *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal* (Dir. M.V. Mayo del Hoyo y S. de Salas Murillo), ed. Aranzadi, Las Rozas, 2024.

### *2.2.2.1. El colectivo vulnerable de los menores de edad como primer modelo de referencia*

Quizás el primer modelo más claro, y el más prototípico, de colectivo vulnerable, entendido globalmente, es el colectivo de **los menores de edad**.

Esto son sujetos de los que no nos cabe duda de que merecen una especial y diferenciada protección. Su vulnerabilidad es bastante patente en cuanto es innata: desde que nace una persona hasta que adquiere las suficientes habilidades sociales, lo que se identifica legalmente con el concepto de mayoría de edad o emancipación, no pueden gobernarse por sí mismos, y por tanto necesita automáticamente el apoyo de otros sujetos (padres, tutores), o del Estado, así como de diversas medidas legales que procuren, no tanto un equilibrio con los otros sujetos, sino una preeminencia de sus intereses.

A este respecto, las medidas legales en pro del colectivo de los menores de edad son bastantes importantes, y buscan no tanto una equiparación o un equilibrio en las relaciones con terceros, cuanto una defensa de sus intereses frente a otros posibles. Veamos brevemente cuáles son:

1. Preponderancia de su interés sobre cualquier otro en juego a la hora de interpretar y aplicar las leyes que les afecten.

Así se desprende con claridad del art. 2 de la LOPM de 1996, cuando dice al respecto, su apartado 4:

*«...4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las*

*medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

*En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los *derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados*».

No hay un interés superior al mismo (por ejemplo, un interés «familiar»), sino que ese interés individual del menor responde a la necesidad de proteger sus derechos constitucionales y de propiciar su desarrollo personal (reconocimiento de que es un sujeto que necesita protección), incluso frente al resto de integrantes del núcleo familiar. Este primer dato relevante en la tutela de este grupo de sujetos vulnerables *seguramente no se pueda trasladar a otros grupos (consumidores, personas con discapacidad, mujeres, etc.)*, dado que, a lo sumo, las leyes reguladoras de esos otros grupos, van en la línea justamente de buscar formas de lograr un verdadero equilibrio en la posición de ambas partes, mediante instrumentos y reglas legales compensadoras del mismo, más que dirigidas a anteponer los intereses de los grupos vulnerables a los otros concurrentes.

## 2. Interpretación de las leyes orientadas a esa concreta finalidad protectora.

Esto otro dato sí que puede ser común a estos otros grupos. Así, hay que recordar el mandato del art. 53.3 de la CE, que dispone la fórmula general:

*Artículo 53. ...3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*

Respecto de los menores de edad, el principio del *favor filii* está en la propia Constitución española (art. 39.2 CE), y a lo largo del Código civil (divorcios, patria potestad, filiación, etc.). Por su parte, la Ley del Menor dice en su art. 11.2, como Principios rectores de la acción administrativa en este campo:

*Artículo 11. ...2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes:*

- a) La supremacía del interés del menor.
- b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
- c) Su integración familiar y social.

#### *2.2.2.2. El colectivo de los consumidores y los llamados «consumidores vulnerables»*

Por otro lado, el colectivo de los consumidores es el otro colectivo donde más claramente se percibe su tratamiento legal favorable, y el establecimiento de una serie de reglas específicas que buscan justamente lograr el equilibrio entre las dos partes implicadas (consumidor y empresario).

El principio de protección del consumidor, y el mandato de interpretación y aplicación favorable a los mismos también se

percibe en la Constitución (art. 51 CE). Así, el principio del *favor consumatoris* está en la Constitución, en parte (art. 53 CE), y en toda la normativa europea y nacional sobre tutela del consumidor. En los Códigos civiles clásicos del S. XIX o principios del XX no suele aparecer (aunque sí hay algún atisbo: el art. 1288 CC, por ejemplo; la prohibición de pacto comisorio; la normativa sobre usura...). Pero en cambio, no hay señales en materia de vicios del consentimiento (arts. 1265 ss. CC) ni en materia de rescisión de contratos por lesión económica de una de las partes contratantes (puesto que no aparece en los arts. 1290 ss. CC la clásica lesión *ultradimidium* romana, que era la expresión más típica de tutela de la parte que contrataba en situación de debilidad).

Aquí no existe un mandato ni constitucional ni legal de anteponer sus intereses a los de los empresarios o profesionales, pero sí se busca sin duda la equiparación jurídica (no ya económica) de ambas partes a través de diversos instrumentos. En la normativa de consumidores se contienen reglas interpretativas importantes que favorecen la posición previamente desequilibrada de los consumidores; Son reglas que afectan a cláusulas concretas, y no a la totalidad del contrato (pues ello perjudicaría la posición del consumidor).

1. Por ejemplo, el art. 82 TR de LGDCU dispone, al definir lo que sean cláusulas abusivas, que:

*...1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumi-*

*dor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.*

2. A ello se añade a continuación en el mismo precepto legal un mandato importante desde la perspectiva procesal:

*El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.*

Fíjese bien: las condiciones exigidas, cuando estemos ante cláusulas no negociadas, que no sean calificables como «condiciones generales», resultan ser bastante exigentes para ser declaradas como «abusivas». Primero, que la concreta estipulación vaya en contra de las exigencias de la buena fe; y segundo, que además produzca un determinado resultado (un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las dos partes).

Más adelante nos referimos a esta última exigencia legal de que se produzca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, y la interpretación doctrinal que se le haya dado a la misma.

3. Otros beneficios de orden procesal: beneficios probatorios; apreciación de oficio.

*Artículo 72. Prueba del ejercicio del derecho de desistimiento.* Corresponde al consumidor y usuario probar

que ha ejercitado su derecho de desistimiento conforme a lo dispuesto en este capítulo. *En el caso de las personas consumidoras vulnerables, se facilitará la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento bastando una afirmación de parte en plazo.*

Sobre la posible apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula contractual, en el ámbito concreto de la tutela de los consumidores, el art.83 del TR de LGD-CU, ya dejaba la puerta abierta a la intervención del juez o Tribunal en la apreciación de la abusividad de una cláusula perjudicial para los intereses del consumidor:

*Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.*

*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»*

Pero esta facultad de apreciación de oficio de la posible nulidad por abusividad de las cláusulas, ha sido ampliamente reconocida y desarrollada por la jurisprudencia del TJUE, en muchos de los casos planteados ante ese Tribunal en litigios procedentes de tribunales españoles, casi siempre.

Esa apreciación de oficio ha sido finalmente incorporada a nuestro acervo jurídico en la normativa procesal civil, apareciendo expresamente en artículos como los

arts. 552 y 815 de la LEC, donde se obliga en todo caso a la autoridad judicial a dar traslado a las partes para alegaciones, antes de pronunciarse de forma definitiva.

4. Especialidades a nivel contractual:

Junto a las anteriores especialidades procesales del régimen jurídico de los colectivos vulnerables, cabe traer a colación otras de orden sustantivo, como las siguientes:

- Irrenunciabilidad anticipada a los derechos y beneficios concedidos legalmente. Así se recoge en el art. 10 del TR de LGDCU:

*Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.*

*La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.*

- Interpretación e integración de las cláusulas contractuales en forma favorable a los intereses del colectivo protegido:

*Artículo 65. Integración del contrato.*

*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.*

- Transmisión o mantenimiento de riesgo en la persona del sujeto situado en posición preeminente: Así el art. 88 ter de TR de LGDCU:

*Artículo 66 ter. Transmisión del riesgo.*

*Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste.*

- Utilización del mecanismo de la anulabilidad y legitimación activa limitada sólo al sujeto vulnerable o su representante legal

Constituye una fórmula típica para lograr un equilibrio en la posición de las partes el de limitar la legitimación para la posible impugnación (por cláusulas abusivas sólo), quedando excluida la otra parte de la legitimación activa para impugnar o anular.

### 2.2.3. Un supuesto de colectivo vulnerable fallido: el derivado de la reciente normativa sobre vivienda y la llamada vulnerabilidad habitacional

En los últimos años, en nuestro país, se ha venido promulgando un conjunto de normas orientadas en su conjunto hacia la protección de los titulares o usuarios de viviendas, a quienes el legislador, sobre todo a partir de la Gran crisis económica de 2008, ha venido considerando como colectivo vulnerable.

Al efecto, como ya se avanzaba más arriba, esa normativa ha discernido distintos grupos de sujetos, aunque *a todos ellos los ha calificado como «vulnerables» en materia de vivienda*, a pesar de tratarse de situaciones y sujetos muy distintos entre sí, como ahora se explica.

En concreto, la normativa distingue básicamente tres (o quizás cuatro) grupos de sujetos considerados vulnerables desde la perspectiva de la tutela de su hipotético derecho constitucional a la vivienda (art. 47 CE):

En primer lugar, la normativa sobre vivienda contenida en la **Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda** obliga a distinguir entre dos primeros grupos de sujetos:

- a) *Las personas sin hogar (el llamado sinhogarismo)*: Aquí el Estado y las Administraciones públicas en general están obligadas a realizar labores de promoción para el acceso a la vivienda, pero sin conceder derechos a tales sujetos, ni imponer obligaciones ni cargas a los particulares propietarios, ni privar ni limitar el derecho de propiedad de las personas físicas o jurídicas propietarias.
- b) *Las personas con hogar actual pero vulnerables en cuanto a la preservación de su vivienda habitual* (en el sentido de tener un riesgo actual o inminente de pérdida del mismo):

Dentro de los segundos, las normas contenidas en la **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social**, así como en el Real Decreto-ley

**11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, y resto de normas complementarias**, a su vez, distinguen los siguientes grupos:

1. *Sujetos o familias que disponen de un derecho de propiedad, pero gravado con hipoteca, y con riesgo inminente de desalojo, como consecuencia de dificultades para el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava su vivienda.*
2. *Sujetos o familias no propietarias que disponen de un derecho de arrendamiento de vivienda, y que tengan riesgo de perder la vivienda, como consecuencia de hechos como los siguientes: extinción inminente del plazo del arrendamiento, o impago del alquiler de la vivienda (aquí la normativa especial sólo tiene en cuenta, en principio, a los que no paguen las rentas por una suerte de razón de fuerza mayor, tal como pérdida sobrevenida de la capacidad económica por paro o por una reducción de ingresos por otras causas).*
3. *Sujetos que ocupan o usan de una vivienda, pero no disponen de ningún derecho de uso sobre la misma, y serían por tanto precaristas de la vivienda, o ni siquiera eso, esto es, simples ocupantes de los inmuebles sin título, ni originario ni sobrevenido.*

A estos tres grupos, el legislador español les aplica unas reglas y les concede unos mecanismos protectores que se pueden considerar muy similares, si no idénticos en algunos casos.

A nuestro juicio, el planteamiento utilizado por nuestro legislador (en realidad, poder ejecutivo) implica *una muy deficiente elección del colectivo de sujetos vulnerables que pueden ser merecedores de un tratamiento beneficioso y ventajoso en materia habitacional*, por cuanto en absoluto todos ellos son equiparables, ni deben disponer de las mismas armas o mecanismos de defensa de su posición material de ocupantes (más o menos estables) de una vivienda<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Podemos decir que existe una primera diferencia básica entre los otros colectivos calificados tradicionalmente como vulnerables (menores, personas con discapacidad, mujeres) y este colectivo que podríamos denominar como «vulnerabilidad habitacional», y es la siguiente:

- Los grupos tradicionalmente vulnerables (menores, consumidores, mujeres, personas con discapacidad) son grupos de sujetos que tienen una condición en general estable y duradera en el tiempo. La excepción sería la de los consumidores, cuya tutela responde a una situación en la que se halla respecto de determinados bienes, aunque hay que asumir que esa condición de consumidor realmente la ostentamos prácticamente todos los ciudadanos, y con una considerable estabilidad y reiteración.
- En cambio, los actuales vulnerables responden a situaciones que son o pueden ser coyunturales, al tratarse en algunos casos de usuarios caracterizados por una temporalidad desde su origen (v.gr., arrendatarios de vivienda), de modo que es habitual que haya quien sea vulnerable a estos efectos, y deje de serlo en un momento dado.

Esto plantea a continuación diversos problemas relacionados con la prueba de la vulnerabilidad en un proceso judicial: la cuestión probatoria referida a quién ha de acreditar que se es o no vulnerable (si ha de hacerlo el sujeto que se considera vulnerable, o la otra parte contratante, demostrar que no lo es); la cuestión de si esa vulnerabilidad, por ser con frecuencia coyuntural, ha de probarse y acreditarse de forma periódica, o no (es decir, si será o no estable y continuado su mantenimiento y calificación jurídica); y por último, la cuestión de si y en su caso quién y cuándo debe acreditarse que se ha dejado de ser sujeto vulnerable.

Esta diferenciación la hace el propio legislador en distintas normas, que son muy poco coherentes entre sí. Es evidente, no obstante, que el legislador es soberano para decidir lo que regula y la forma en que lo hace, siempre que respete el marco constitucional, y la jerarquía normativa.

En abstracto, la protección legal debería razonablemente otorgarse cuando lo afectado es la vivienda habitual (en propiedad o en cualquier otra coyuntura), y siempre que se tenga un título posesorio legal. Así, no es lo mismo si se trata de segunda vivienda o de uso muy reducido de un inmueble de destino residencial (apartamentos turísticos, ocupación inmediata no seguida de estabilidad...). No es lo mismo ostentar un título posesorio (actual) sobre una vivienda, que no tener título alguno (por no haberlo tenido nunca, o por haber decaído el mismo).

Veamos brevemente cada uno de los tres casos expuestos:

1. Sujetos o familias que dispongan de un derecho de propiedad, pero gravado con hipoteca, y con riesgo de desalojo (normalmente, como consecuencia de cambios en situación económica o laboral de la familia, y las consiguientes dificultades para el pago de las cuotas hipotecarias):

Aquí tenemos una normativa específica como es la **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social**<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Se ha dicho por ALONSO PEREZ, M.T., «La función social como elemento delimitador del contenido del derecho de propiedad de la vi-

Esta normativa tiene en cuenta lo siguiente:

- Se refiere a *alguien que ostenta (u ostentaba) un derecho de propiedad sobre su vivienda habitual* (no un derecho de naturaleza temporal, como un arrendamiento). *En todo caso, la base u origen de la medida protectora es justamente un sujeto o sujetos titulares de un derecho de propiedad gravado con hipoteca.*

Desde un punto de vista valorativo, y de intereses en juego, este *debería ser el supuesto al que se debería atribuir legalmente una mayor protección*. Estamos ante personas que han agotado todas sus posibilidades de pagar su hipoteca (puede haber siempre personas que se aprovechen de la situación, pero ese no parece que deba ser el modelo legal), y a las que su desalojo sólo ocasiona un problema al Estado y las Administraciones públicas: encontrarle otra vivienda, cuando podía seguir en la misma, con otro régimen, y pagando una renta reducida; *aquí la entidad acreedora hipotecaria, o la adjudicataria, no tienen en abstracto un interés superior protegible, en*

---

vienda», pág. 16, en *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Burgos 29-31 de mayo de 2025*, con criterio discutible que es una medida que encuentra justificación en la función social que debe desempeñar la propiedad de la vivienda la recogida en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

*general*, salvo en los casos de adjudicatarios personas físicas, con necesidad a su vez de vivienda habitual.

- Estamos además ante *alguien que ha sufrido un cambio bastante relevante en su situación económica, para peor*, que le ha imposibilitado estar al día en el pago de las cuotas de hipoteca. Para ello ha de sobrepasarse unos determinados umbrales de renta o ingresos.

2. Sujetos o familias que dispongan de un derecho de arrendamiento de vivienda, y que tengan riesgo de perder la vivienda.

Este segundo grupo aparece regulado en el art. 1 del **Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19** (en su redacción actual procedente de Real Decreto-Ley de enero de 2025)

- Se refiere únicamente a titulares de un derecho menor, como es un *derecho arrendaticio*, que por su propia esencia supone conceder al arrendatario un derecho de uso *temporal* sobre vivienda de propiedad ajena. La protección se concede, según la normativa vigente, sólo por alguno de estos dos casos:
  - a) Extinción inminente del plazo del arrendamiento.
  - b) Impago del alquiler (aunque aquí solo se tienen en cuenta aquellos arrendatarios que no paguen por una determinada razón de fuerza mayor, como sería la pérdida de la capacidad económica por paro o reducción de ingresos).

– En este grupo de casos *la situación es muy diferente a la del grupo anterior*: aquí no hay un propietario con un derecho permanente e indefinido que se vea truncado por los impagos de las cuotas hipotecarias, sino *sujetos que aceptaron concertar un derecho de uso temporal de una vivienda, que sería su vivienda habitual, y que de antemano sabían cuándo iba a cesar ese uso*. Todo arrendatario hace sus cálculos, y decide si le interesa ese inmueble, con esa renta mensual, y con ese tiempo de duración. Por mucho que se convierta en vivienda habitual, no lo será de forma indefinida, porque así ha sido previsto y querido por el propio arrendatario. No se puede pensar que siempre y en todo caso éste querría ocupar de forma indefinida en el tiempo esa vivienda, pues puede prever de antemano que va a salir de ella<sup>63</sup>.

En este conflicto entre propietario e inquilino, los intereses en juego deberían haber operado de forma diferente: en cuanto es sin duda más relevante y preeminente el derecho de propiedad (o de otro tipo) del arrendador, que la posesión del arrendatario (ya sin título, desde el

---

<sup>63</sup> Asumimos, no obstante, que la situación actual es, coyunturalmente, más compleja, pues el mantenimiento en el uso de esa vivienda, con esa renta (incluso aumentada según IPC), le será más ventajoso al arrendatario que buscar y encontrar otra (si es que la encuentra), para la que tendrá que pagar una renta seguramente muy superior. Aquí el legislador recurre a *una medida realmente extraordinaria*, en cuanto supone *obligar al propietario arrendador a prolongar su vínculo más allá del tiempo pactado, en contra de lo que las propias partes habían acordado*, yendo así en contra de la voluntad del arrendador y del contrato mismo.

momento en que el juzgador valore que se daba las circunstancias para el desalojo: incumplimientos de pago de renta o expiración del plazo), habría de primarse el interés del primero.

- Por otro lado, *no resulta razonable equiparar un supuesto de desahucio por falta de pago de renta y uno por expiración de plazo*, sino que debería haberse distinguido esos dos casos. Así, en el primer caso, podría tener alguna lógica la suspensión, sin pago de renta, y por un plazo muy corto (no es lo que sucede con las sucesivas prórrogas legales del plazo). En cambio, en caso de expiración, debería ser obligatorio fijar una renta para que sea pagada por el arrendatario. Pero, sobre todo, en caso de expiración de plazo del arrendamiento, salvo en el caso del estado de alarma derivado del COVID, no se percibe la necesidad de protección del sujeto. Una vez pasada la situación de estado de alarma, donde se pudo haber acordado una prórroga de seis meses, como prevé el art. 2 del Real Decreto-Ley 11/2020 (y sólo si se daban las circunstancias allí previstas), debería haberse desalojado al arrendatario, y no suspenderse la ejecución. No hay ninguna justificación para su continuidad. No está justificada la continuidad de la posesión más allá de esta coyuntura, si el plazo contractual ya ha expirado. La concurrencia de una situación de vulnerabilidad, por un cambio de circunstancias en los ingresos, no debería servir de apoyo si el contrato ha concluido ya.

*En cambio, siendo un impago de renta, aquí estamos ante un caso donde el plazo del contrato no ha concluido, pero el arrendatario ha podido cambiar su situación económica, por unas circunstancias de fuerza mayor<sup>64</sup>.*

3. Sujetos que no disponen de ningún derecho de uso sobre la vivienda, y sean por tanto precaristas, o ni siquiera eso, simples ocupantes de los inmuebles.

Se regula en el art. 1 bis del antes citado Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Esta normativa debe considerarse como *absolutamente excepcional*, y por tanto *de interpretación restrictiva*, ya que *los sujetos ocupantes sin título no merecen especial protección legal*, y la suspensión del lanzamiento, a mi juicio, supone dar una preponderancia a quien no la merece. Sobre todo, teniendo

---

<sup>64</sup> ALONSO PEREZ, «La función social como elemento...» *cit.*, pág. 37 señala que, en cuanto a la suspensión de los lanzamientos contemplados en la Ley 1/2013 y atendiendo a los criterios que en relación a esta cuestión proporcionan las Sentencias del TEDH, pueden entenderse inconstitucionales por el largo período temporal que pueden llegar a abarcar sin que opere compensación al propietario (si el arrendatario deja de pagar puede llegar hasta diciembre de 2025, por aplicación del RD-ley 1/2020, y siendo que su operatividad de la misma comienza en 2012 por Real decreto-ley 6/2012). Por su parte, la suspensión de desahucios por impago de rentas del alquiler y de desalojos en casos de ocupación ilegítima de vivienda del Real Decreto-ley 11/2020 no contemplan –de momento– un período tan extenso, de modo que no es tan claro que encierren una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad, si nos atenemos a los criterios considerados por el TEDH.

en cuenta las sucesivas prórrogas concedidas desde 2020 hasta diciembre de 2025 (ya veremos si en el futuro habrá o no más prórrogas anuales). Lo que justificó en su momento esta normativa excepcional fue la declaración del estado de alarma por el COVID, pero esto hace tiempo que ya ha pasado, y deberían haber vuelto las cosas a su cauce originario<sup>65</sup>.

El hecho de que se condicione a que sea de titularidad de personas jurídicas (y si es una fundación o una asociación, que son de interés público) o una persona física con más de diez inmuebles, no es algo relevante hasta el punto de justificar una inseguridad jurídica como la creada. De hecho, se ha tenido que matizar por la jurisprudencia que no entran las entidades públicas inmobiliarias que tengan fines de alquiler social o similar. El control del Estado seguramente debería estar en otro lugar: controlar de algún modo el acceso a las viviendas de edificios completos o partes diferenciadas de empresas con finalidad especulativa; limitar razonablemente las rentas que se pudieran estipular en los nuevos contratos (en tanto fueran suficientes para generar rentabilidad); pero no el permitir dar continuidad a sujetos ocupantes de viviendas sin título alguno para ello, por cuanto genera una gran inseguridad jurídica.

---

<sup>65</sup> CUENA CASAS, M. «La defensa de la propiedad frente a la ocupación ilegítima de la vivienda», Pág. 18: en *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Burgos 29-31 de mayo de 2025*, afirma: «Es el mundo al revés: el okupa entra en el inmueble sin autorización y la Constitución le blindo frente al verdadero propietario. A mi juicio, si no aporta título el ocupante, debería ser desalojado del inmueble, sin que el mismo pueda alegar la protección dispensada por el art. 18 CE».

## **2.3. Los sujetos en situación puntual de desequilibrio contractual o negocial personas consideradas individualmente vulnerables (cuando no forman parte de un colectivo que lo sea) y los mecanismos dispuestos por el legislador civil para protegerlos**

### 2.3.1. Consideraciones generales sobre los instrumentos protectores

Nos vamos a referir en segundo lugar a ese grupo de personas a que antes nos referíamos: las que se hallan puntualmente en situación de desequilibrio o desigualdad a la hora de suscribir acuerdos o contratos, en relación con otra u otras, en principio preeminentes o más fuertes económica o contractualmente.

Un ejemplo puede servir para empezar a analizar estas situaciones. Baste pensar en una pareja casada que ha entrado en crisis matrimonial y deciden divorciarse. Es posible imaginar que uno de ellos (tradicionalmente, lo ha sido el varón, el marido) se halle en una posición de preeminencia respecto del otro, y pueda imponerle condiciones una tanto leoninas o poco beneficiosas a la hora de divorciarse y adoptarse medidas relativas al divorcio. ¿De qué instrumentos jurídicos dispone el sujeto individualmente vulnerable para proteger sus intereses, y lograr una posición de equilibrio?

La respuesta a la pregunta, *de lege lata*, esto es, visto desde la perspectiva del derecho vigente, deja un nivel importante de insatisfacción: **los mecanismos legales actualmente son bas-**

**tante escasos.** Eso es así porque la normativa aplicable proviene de unos momentos y circunstancias históricas en donde predominaba el liberalismo clásico, que otorgaba respaldo a todo lo que fuera objeto de contrato o acuerdo entre dos o más partes (principio del «*pacta sunt servanda*» o principio de la santidad del contrato), sin mirar la posición de los mismos en la negociación previa ni las estipulaciones finales en que se ha plasmado ese acuerdo o contrato.

De ahí que exista en los códigos civiles decimonónicos una norma como la de nuestro artículo 1293 CC, que excluye como causa de rescisión o ineficacia contractual, aquellos contratos donde concurra la llamada rescisión por lesión *ultradimidium* (o lesión en más de la mitad del valor de la cosa objeto del contrato), de origen romano. Esto es, no cabe en ningún caso alegar como causa de ineficacia de lo acordado la venta o transmisión o fijación de un precio a una cosa o servicio que resulte muy inferior al de mercado, hasta el punto ser inferior a la mitad del valor que tendría en ese mercado, o a un valor cercano a esa mitad. Indudablemente, desde una perspectiva actual, el contratar por un valor muy inferior al de mercado, sea o no el del 50 por ciento, sería una prueba objetiva de desequilibrio contractual, y habría que presumir la lesión injusta de una de las partes a manos de la otra. Esta exclusión legal de la rescisión por lesión *ultradimidium* constituye la expresión más palmaria de liberalismo económico de nuestro Ordenamiento jurídico.

Los instrumentos básicos y clásicos de protección de contratantes en situación de debilidad o vulnerabilidad se circuns-

criben, a la postre, en el Código civil español vigente, a *los llamados vicios del consentimiento contractual*, que permiten anular total o parcialmente un acuerdo cuando concurre alguno de ellos: dolo, violencia, intimidación o error (arts. 1265 ss. CC). Ello al margen de la admisión del mecanismo de la excesiva onerosidad sobrevenida o la cláusula *rebus sic stantibus*, que son instrumentos que atienden no a un defecto en la fase de constitución, sino a unas posibles circunstancias posteriores o sobrevenidas a la firma del acuerdo, extraordinarias e imprevisibles, que pudieran generar un desequilibrio entre las partes (que no lo había necesariamente en origen).

Es manifiesto que estos mecanismos se han demostrado insuficientes.

Prueba de ello es que, en los Proyectos que se han redactado para modificar nuestro Código civil, se está intentando introducir algún nuevo mecanismo de tutela frente a la desigualdad entre las partes implicadas, que se ha traducido en la inclusión de un nuevo vicio del consentimiento, junto a los tradicionales (violencia, intimidación, dolo o error). Todo ello derivado de la influencia de los estudios e iniciativas adoptadas a nivel europeo para unificar el Derecho de contratos.

Estos textos aún no han cristalizado a nivel legal, aunque es previsible que lo hagan en un plazo no muy dilatado. De hecho, ya han empezado a manifestarse por ejemplo en la Ley de Discapacidad de 2021, donde se habla en concreto de la posible nulidad de los contratos suscritos por personas con discapacidad, sin la intervención del prestador de apoyos desig-

nado previamente, cuando se hubiera producido una «ventaja injusta» por la otra parte contratante (art. 1302.3.II CC).

2.3.2. El «ventajismo» o «ventaja injusta» como posible instrumento de tutela del desequilibrio entre partes.

Aspectos positivos y negativos

En los últimos tiempos, a nivel doctrinal sobre todo (aunque sin descartar alguna sentencia del Tribunal Supremo), se ha venido incidiendo en la conveniencia de introducir un mecanismo general de protección del desequilibrio negocial, a partir de una figura que ya está recogida y desarrollada en textos de Derecho contractual europeo, y con manifestaciones, si no idénticas, sí similares, en el Derecho inglés y también en Derecho francés e italiano, y parcialmente en Derecho alemán<sup>66</sup>.

En España, de momento, sólo disponemos de dos propuestas o proyectos de Código civil donde se contienen referencias a este instrumento legal.

La primera es la elaborada en el seno de la Comisión general de Codificación, del Ministerio de Justicia, que se refiere a

---

<sup>66</sup> Vid entre otros GOMEZ CALLE, E., *Desequilibrio Contractual y Tutela del Contratante Débil*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018; YAÑEZ VIVERO, F., *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho Contractual*, ED. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; PASQUAU LIAÑO, «De la protección del consumidor...» *cit.*, pág. 295 ss; BOSCH CAPDEVILA, P. DEL POZO CARRASCOSA Y A. VAQUER ALOY, *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, ed. Marcial Pons, 2016, pág. 201 ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, C., *Estudios sobre el contrato*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008, pág. 124 ss.

esta cuestión del siguiente modo, en el art. 1297 de la misma, con la denominación de «**ventaja injusta**»:

*Artículo 1297: Ventaja injusta*

1. Una de las partes contratantes podrá anular el contrato que otorgue una ventaja injusta a la otra, *cuando esta la hubiera obtenido aprovechándose de la situación en la que se encontraba aquella en el momento de la celebración del contrato.*
2. En particular, *se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte cuando exista entre ambas una relación de confianza o de dependencia, o cuando la parte perjudicada fuese persona con discapacidad, sufra extraordinarias dificultades económicas, o se encuentre en situación de necesidad apremiante, de ignorancia, de inexperiencia o de falta de previsión.*

Nos referimos también a la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que ha seguido los modelos del Derecho contractual europeo, y que promueve, de forma similar a la anterior propuesta, la introducción de una nueva causa para anular los contratos denominada «**ventajismo**», que podría servir para dar solución a alguno de los supuestos planteados. Dice al respecto el art. 527-9 de la Propuesta de Código lo siguiente:

1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración *otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión.*

Este instrumento, caso de que finalmente tenga cabida en nuestro Derecho civil vigente, con estas o similares redacciones, permitiría a aquellos sujetos que han contratado en condiciones de dificultad económica o de necesidad imperiosa, obtener la anulación total del contrato, o la adaptación del mismo, por esa causa, impidiendo que la parte más poderosa o preeminente consiga llevar a efecto y ejecutar las cláusulas y estipulaciones en él contenidas<sup>67</sup>.

En realidad, *la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de esta causa de anulación*, aun cuando parte de un nuevo «vicio del consentimiento contractual», *supone en buena medida una andanada a la línea de flotación del principio de autonomía privada*, en cuanto pone en cuestión el tradicional principio del liberalismo de que todo lo acordado es justo en sí mismo, y debe ser respetado, sean cuales sean las circunstancias en que se celebró el acuerdo o contrato.

Este instrumento *constituye un paso adelante en la búsqueda de respuestas equilibradas entre contratantes o partes* cuando una de ellas se halla en posición de debilidad o vulnerabilidad. Por lo tanto, se percibe una clara búsqueda de la igualdad entre las partes, por encima –en cierto modo– del principio de libertad hasta ahora predominante. Se viene así a introducir un elemento corrector, bastante razonable, en el principio del *pacta sunt servanda*, facilitando la tutela de aquellos sujetos que, en

---

<sup>67</sup> Muy crítico con esta nueva vía de nulidad contractual, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, ed. Civitas Thomson Reuters, 3ª edic., Pamplona, 2020, 434-435.

una relación concreta e individualizada, acrediten fehacientemente (o se deduzca de indicios o presunciones) que llegaron a prestar su consentimiento con un riesgo de falta de libertad, o de falta de suficiente consciencia, en cuanto acuciados por una posición personal o patrimonial complicada.

Sin embargo, en su mismo planteamiento encontramos sus debilidades aplicativas:

- La primera, sin duda, es su catalogación *como un nuevo «vicio del consentimiento» contractual o negocial*. Eso supone un punto negativo, en cuanto desliga la anulación del contrato de elementos de referencia objetivos, y *se centra en datos primordialmente subjetivos*, al menos en el sentido de establecer la necesidad de concurrencia de determinados presupuestos subjetivos imprescindibles tales como «conocimiento de causa», «buena fe», «necesidad apremiante», junto con algunos otros de tipo objetivo.

Por lo tanto, no es nada seguro que con la futura vigencia de una norma como ésta se vayan a solucionar los principales problemas de desequilibrio entre las partes que pudieran presentarse, si resulta que para ello deben constatarse estas condiciones de tipo subjetivo, de difícil demostración en un procedimiento judicial. Son tan altas (y ambiguas) las exigencias de aplicación de esa causa anulatoria («*ventaja excesiva*», «*situación de dependencia*», «*conocimiento de causa*», «*aprovechamiento en contra de la buena fe*», «*situación de dependencia*», «*extraordinarias dificultades económicas*», «*ignorancia*»,

«*inexperiencia*», etc.), que es previsible una escasa acogida por los Tribunales, en el sentido de no anteponer tal causa de nulidad al propio consentimiento prestado por la parte afectada, aun cuando hubiera sospechas de desequilibrio contractual.

- Además de lo anterior, como antes se señalaba, su catalogación como vicio del consentimiento, obligará a hacer un gran esfuerzo teórico y práctico para separar y no confundir esa nueva figura del «ventajismo», con la intimidación, entendida en el amplio sentido con que se viene acogiendo a nivel judicial, o con el dolo o el error.
- Pero incluso aunque pudiera recurrirse a una vía anulatoria como la citada, *es evidente que se producirá muchas veces una grave dificultad de prueba de la posición dominante*, dado que los medios probatorios serán casi siempre insuficientes a la hora de acreditar elementos internos intencionales, o de cuantificar lo que sea excesivo o extraordinario, o cuándo se actúa en contra de la buena fe, por lo que los Tribunales tendrán que recurrir a indicios o presunciones, antes que a prueba reales y efectivas.
- Junto a ello, no puede olvidarse que esta causa tiene su origen en los principios del Derecho Contractual Europeo, lo que hace pensar que su aplicación se circunscribirá al ámbito primordialmente patrimonial. Por lo tanto, quedarían en principio fuera de su esfera de aplicación (a pesar de tratarse de una norma de índole general, apli-

cable, si no directamente, sí por analogía, al resto de posibles acuerdos o negocios) aquellos acuerdos, contratos o negocios jurídicos donde estén en juego cuestiones de índole personal o familiar, o derechos fundamentales (aun cuando se entremezclen con cuestiones económicas conexas con ellas), que son de los que nos estamos ocupando en este trabajo, incluso aunque estemos ante contratos de servicios, o negocios similares.

- En ellos, la exigencia de que concurra una «*ventaja excesiva*» dificultará mucho su uso, dado que no es fácil delimitar, en un acuerdo prematrimonial o en un convenio regulador, o en general en un acuerdo de servicios con afectación de derechos fundamentales, cuándo una de las partes obtiene una ventaja, que ha de ser «excesiva».
- Por otro lado, la exigencia de que exista una «*situación de dependencia*» supondrá un nuevo obstáculo a la hora de la prueba de ese presupuesto. Recuérdese que en el ámbito personal y familiar son frecuentes las situaciones de cierta dependencia, afectiva, emocional e incluso económica, por lo que no parece entonces que sea factible su aplicación, por cuanto sería entonces generalizable esa «dependencia».

Finalmente, la introducción de otros presupuestos como el de las «*extraordinarias dificultades económicas*», la «*ignorancia*» o la «*inexperiencia*», en un ámbito como el personal o familiar, o el campo de la afectación de derechos fundamentales, hacen poco factible su traslado

del campo estrictamente patrimonial en el que surge esa causa de nulidad, al campo mucho más movedido de los aspectos personales o familiares.

- Parece también altamente complicado recurrir a parámetros cuantitativos (v.gr., posible superación de la mitad del valor de mercado, o un porcentaje cercano a ello), propios de los valores económicos de las prestaciones en contratos o acuerdos de base patrimonial, para trasladarlos a negocios relativos a bienes personales o derechos constitucionales, aun cuando existan interferencias de orden económico
- A ello se unen otros dos obstáculos muy importantes de carácter formal o procesal. El primero, el de la legitimación activa para instar la declaración de concurrencia de tal vicio del consentimiento. Si pensamos en supuestos de acuerdos o negocios relativos a derechos fundamentales, hemos comprobado cómo en la práctica es muy infrecuente que sea el sujeto mismo en posición de hipotética debilidad quien promueva la ineficacia de lo pactado, siendo más usual que sea el Ministerio fiscal, u otra institución pública o privada, quien inste la intervención judicial mediante la solicitud de nulidad plena y total de un acuerdo, en aras de la hipotética tutela de un sujeto que, curiosamente, no quiere ser defendido, o que no desea esa nulidad. Ello plantea, por tanto, la necesidad de limitar la legitimación activa al sujeto afectado por esa situación de hipotético desequilibrio, dejando fuera a otros posibles legitimados, como el Ministerio

fiscal, cuya intervención no se ve oportuna, al no tratarse de un grupo de personas identificable como vulnerable, como serían los menores o las personas con discapacidad, sino de sujetos singulares sin conexión entre ellos. El segundo tiene que ver con las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de «ventajismo», que serían, obviamente, la ineficacia de todo el negocio o acuerdo, con efectos *ex tunc*, al momento de su celebración. Esa nulidad total del negocio jurídico celebrado provoca, como históricamente ha sucedido con la nulidad por usura, un uso bastante reducido del instrumento legal, ante la perspectiva del sujeto protegido de tener que devolver todo aquello que ya había percibido. No es la nulidad total la respuesta razonable a los casos de «ventajismo», no sólo en el ámbito familiar, sino incluso en el puramente patrimonial. Pero es que tampoco lo sería la nulidad parcial. No sólo porque encaja muy mal con su consideración como «vicio del consentimiento», de modo que haría difícilmente practicable la anulación de sólo una parte del contrato, sino porque la supresión de una o varias cláusulas concretas no necesariamente resuelve el problema, por cuanto el sujeto protegible seguramente necesitaría una modificación de las cláusulas del contrato mismo, a través de una intervención judicial preestablecida en una norma legal que la autorizara<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Esto ha llevado a determinados legisladores a enfocar esta situación de desequilibrio, no a través de la vía de los vicios del consentimiento, sino

Por eso es por lo que, tratándose de este tipo de acuerdos o negocios jurídicos, debe otorgarse una gran relevancia a otros instrumentos alternativos, como el de la revocación, entendida como libre decisión de deshacer lo acordado, al que ahora nos referimos con más detenimiento.

Por último, además, existe el problema de que, en algunos o bastantes contratos o negocios jurídicos donde se ponen en juego determinados derechos constitucionales, *no siempre existe propiamente una posición material de superioridad económica, social o de otro tipo*, por lo que se plantea si, a pesar de todo, esos pactos pudieran ser objeto de revisión o de anulación por alguna otra vía jurídica<sup>69</sup>.

---

recurriendo a una nulidad de pleno derecho, por inmoralidad o por ilicitud de la causa, pero limitando la legitimación activa a la persona del sujeto afectado de desequilibrio, o permitiendo una adaptación o modificación de los contenidos pactados, para adecuarlos a la mejor tutela de sujeto en situación de debilidad.

Sin embargo, tampoco se acierta, a nuestro juicio, al poner el foco en esta vía de nulidad, porque creemos que la nulidad en general, sea absoluta o relativa, total o parcial, no es la respuesta adecuada. Hemos comprobado cómo en la práctica los sujetos afectados por un posible desequilibrio contractual o negocial no suelen instar la nulidad de lo pactado o acordado, o al menos no en el momento inmediatamente posterior a la prestación del consentimiento; ni siquiera cuando ha transcurrido un lapso de tiempo importante ni cuando ya se ha empezado a ejecutar el contrato con la anuencia del sujeto perjudicado. Es muchas veces al final de la fase de cumplimiento, una vez cumplida buena parte de las prestaciones, cuando surgen las dudas y el sujeto quiere deshacer el acuerdo, recuperando el control sobre su vida y su desarrollo personal.

<sup>69</sup> En todo caso, no puede negarse, lo que subyace a esta iniciativa legislativa de introducir un mecanismo genérico de tutela de los sujetos en situación de desequilibrio contractual o negocial en el momento de adoptarse

La cuestión es la delimitación del instrumento o instrumentos concretos que sería razonable utilizar. A nuestro juicio, entre esas medidas por adoptar judicialmente cuando se aprecie ese desequilibrio, sería seguramente preferible la exclusión puntual o la inoponibilidad de determinadas cláusulas, reglas o mandatos de entre los contenidos en todo el negocio.

Por supuesto, no puede perderse de vista que con frecuencia las distintas cláusulas se hallan interconectadas, hasta el punto de no poder suprimirse unas sin las otras correlativas. Por lo tanto, esto no resulta siempre factible materialmente, cuando esa interconexión impida la nulidad o ineficacia de sólo una cláusula o estipulación que pudiera resultar lesiva. Ha de observarse que, en muchos contratos o negocios bilaterales o plurilaterales existen mutuas concesiones, o mutua satisfacción de intereses, que aparecen plasmadas en diversas cláusulas, por lo que no siempre será factible aislar unas de otras a estos efectos. Es más, es posible que, examinado en su conjunto, el acuerdo o negocio no sea generador de desequi-

---

el acuerdo, no es otra cosa que *la urgente necesidad, máxime en una sociedad como la actual, de introducir de forma imperativa un instrumento o pauta aplicativa general dirigida a examinar la concurrencia o no de ese desequilibrio contractual o negocial*, para su uso por los Tribunales de justicia, al margen de posiciones ideológicas, cuando sea alegado por una de las partes que se ha producido un hipotético desequilibrio, generador de vulnerabilidad en su posición jurídica. En suma, lo que queremos decir con esto es que deberían tener cabida en la normativa procesal futura, *resulta imperativo que los Juzgados y Tribunales, ante la alegación de un posible desequilibrio originario entre las partes, puedan examinar si el mismo se produjo o no*, su trascendencia para el caso, y las medidas judiciales que podrían ser adoptadas.

librio, por cuanto se perciba una ponderación ajustada de los intereses de las partes implicadas, que imposibilite la adopción de medidas judiciales. En este sentido, los jueces y Tribunales tienen una dificultad adicional como es la de valorar hasta qué punto unas estipulaciones, en teoría beneficiosas para una de las partes, no están dispuestas en función de otra u otras, que resulten beneficiosas para la otra parte.

Esto supone una dificultad adicional para la labor judicial, la cual puede verse imposibilitado, o con graves obstáculos a la hora de valorar un posible desequilibrio contractual. Si no hay instrumentos legales reequilibradores (cuando el desequilibrio es de origen), o si ni siquiera se puede decir que exista desequilibrio, o éste no se alegado por una de las partes o no se ha practicado prueba al efecto (o resulte casi imposible admitir en la fase judicial correspondiente la práctica de medios probatorios destinados a delimitar esa situación), las dificultades son titánicas, y a la postre no será viable la búsqueda y determinación del desequilibrio entre las partes.

Lo que no se puede es, como hacen algunas sentencias recientes de nuestros Tribunales, incluido el Tribunal Supremo, ponderar la incidencia de un determinado acuerdo o contrato en los derechos fundamentales, y a partir de ahí, y sin más análisis, llegar a la conclusión de la ineficacia, además total, del acto, acuerdo o contrato adoptado<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Un ejemplo que de lo que decimos lo representa la interesante **Sentencia del TS de 13 de febrero del año 2023**, sobre comunidad de propietarios nudista que pretende imponer a determinados propietarios, con base en

Por último, resulta imprescindible delimitar de qué hablamos cuando hablamos de «desequilibrio».

A este respecto, podemos estar pensando en *un desequilibrio económico, o de valoración de los bienes o servicios en juego*. Pero este criterio resulta, en unos casos, muy clarificador (compraventa de bienes con valor susceptibles de referirlo a un valor

---

normas estatutarias, el cumplimiento de las reglas de ir desnudo por las zonas comunes de la urbanización. El Tribunal Supremo considera inválidos los acuerdos adoptados por la Comunidad, por el hecho de entender que hay afectación de derechos fundamentales:

«... En esta ocasión, los demandantes se quejan de que no se les permite el disfrute de los elementos comunes de los que son cotitulares, que no se les deja acceder a ellos, con lo que *se vulnera el derecho de igualdad (art. 14 CE), así como supone una discriminación por razón de sus ideas y pensamientos (art. 16 CE), atenta a su libertad de movimientos (art. 17 CE) y a su derecho a la intimidad (art. 18 CE)*.

... Las sentencias recurridas fundan su resolución en que existen unos estatutos comunitarios, aprobados por unanimidad, que exigen el nudismo para disfrutar de los referidos elementos comunes, pero hemos visto que es un error patente considerar que tales estatutos existen y que fueron refrendados por acuerdo comunitario.

En efecto, la simple lectura de las actas de la comunidad demuestra con evidencia que dichos estatutos no fueron aprobados, y las sentencias invocadas delimitaron su objeto de la manera antes reseñada, sin decretar la validez y vigencia de aquéllos, lo que ni tan siquiera era objeto de debate.

*En la tesitura expuesta, la imposición del nudismo implica una lesión de los precitados derechos fundamentales, lo que determina que el recurso deba ser estimado, pues no cabe arbitrariamente, por actos de fuerza, mediante la contratación de servicios privados de seguridad, impedir a los demandantes el disfrute de los derechos que les corresponden en el régimen de propiedad horizontal sobre elementos comunes si no practican el nudismo, lo que es una opción personal perfectamente respetable y legítima, pero cuya práctica no cabe exigir sin base para ello...».*

de mercado, más o menos determinable con facilidad), pero muy insuficiente en otros (v.gr., servicios), cuya valoración a nivel de mercado, en algunos ámbitos, resulta muy compleja y difícilmente objetivable.

Parece necesario recurrir a la doctrina emanada en materia de tutela de los consumidores y usuarios, sobre cuándo hay, y cuándo no, «desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes».

Sin embargo, siendo el criterio más idóneo, tampoco constituye una fórmula infalible en muchos casos, y en particular, estas pautas parece difícil aplicarlas al campo de los derechos fundamentales, y por tanto a aquellos contratos o acuerdos donde se ponga en juego este tipo de derechos, como uno de los posibles objetos del contrato o negocio.

A estos efectos, creemos que existe *a priori* una clara diferenciación entre los acuerdos o negocios jurídicos cuyo objeto o prestación principal (o una de ellas) sea justamente el derecho fundamental mismo (su renuncia puntual, o autolimitación relevante), y aquellos acuerdos en los que las partes se obliguen a conductas de dar, hacer o no hacer cosas o servicios de contenido típicamente patrimonial, y por lo tanto lícitos como regla, pero de forma adicional se incluya una específica cláusula que pudiera contener una prestación u obligación accesoria donde haya afectación de un derecho fundamental.

Esto requiere un examen pormenorizado e individualizado de cláusulas concretas contenidas en contratos o negocios jurídicos en las que se ven afectados o implicados esos derechos

fundamentales o principios constitucionales, para determinar si quizás en estos casos las soluciones deban ser más matizadas o relativizadas, o si existe algún criterio aplicativo que resulte común a los más arriba tratados.

## **2.4. El mecanismo de la nulidad del acto o acuerdo y las alternativas a la nulidad: la facultad de libre revocación o reconsideración del consentimiento prestado, como instrumento básico de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito contractual, como alternativa a la nulidad, y su régimen jurídico**

### 2.4.1. La nulidad no es la solución

Como hemos visto más arriba, es habitual en la doctrina y en parte en la jurisprudencia recurrir, habiéndose celebrado un contrato, acuerdo o negocio jurídico afectante a un derecho fundamental y libertad pública, a la fórmula de la nulidad de pleno derecho, por ser materia de «orden público» todo lo concerniente a la tutela y protección de este tipo de derechos.

De acuerdo con esta fórmula, simplemente se considera que cualquier acuerdo o contrato en el que estén afectados, como uno de los objetos principales del mismo, un derecho o derechos fundamentales, o un principio constitucional básico (como la dignidad), estará lesionando el «orden público», entendido como orden público constitucional, en cuanto que afectaría a derechos que son indisponibles e irrenunciables, y por lo tanto, debe decretarse la nulidad del mismo, en aplica-

ción de la regla general limitativa recogida en el art. 1255 CC («ley, moral y orden público»)<sup>71</sup>.

El otro planteamiento alternativo ha sido, hasta ahora, el de recurrir, con más o menos precisión o matices, a la idea antes señalada del desequilibrio contractual entre las partes, anulando igualmente lo pactado cuando nos enfrentemos a un acuerdo, contrato o negocio jurídico, donde se pueda demostrar que hubo una posición de debilidad de una de ellas en el momento de suscribirse ese acuerdo. Así pues, sobre la base de considerar inadmisibles en las relaciones entre dos particulares la concurrencia de una posición muy preeminente de una de ellas, la otra no habría prestado libre o conscientemente su consentimiento, por lo que el mismo se hallaría viciado, y en consecuencia debería ser declarado nulo (de pleno derecho, o anulable), a instancias únicamente del sujeto en situación de debilidad o vulnerabilidad.

---

<sup>71</sup> Esta es la solución que, a falta de una normativa específica reguladora (como sucede en España), se aplica en Alemania, donde se recurre a la nulidad por contrariedad con las «buenas costumbres» (§ 138 BGB), para invalidar aquellos contratos que afecten o lesionen a derechos fundamentales. Al efecto, vid, por ejemplo, ARMBRÜSTER, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 BGB*, Auflage, München, 2015, pág. 1537-1538; WENTLAND, *Bamberger/Roth BGB, §§ 1-610*, 3. Auflage, München, 2012, pág. 527-528. No quedan nada claros en la jurisprudencia alemana los criterios para anular o no anular un contrato o cláusula contractual por razón de «imoralidad» o lesión de las buenas costumbres: así, por ejemplo, se anula por tal motivo un acuerdo entre personas divorciadas por el que se restringe entre ellas la libertad de residencia, una estipulación o pacto de prohibición indefinida de la competencia, o bien un acuerdo mayoritario de una comunidad de propietarios sobre prohibición general de la música dentro de la misma.

Sin embargo, estos dos planteamientos presentan un primer y grave inconveniente, como es el de que la nulidad implicaría la ineficacia total y retroactiva del acuerdo, lo que sin duda perjudicará muchas veces las expectativas del titular del derecho afectado, quien casi siempre querría conservar el negocio o relación jurídica, pero suprimiendo aquello que fuese demostración de su debilidad, a través de un reequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

Pero además de lo anterior, existe la dificultad de determinar cuándo hay, y cuándo no, un desequilibrio determinante de la nulidad, en estos supuestos en que se trata de regular aspectos personales de los sujetos (o de al menos uno de ellos).

Para ello, se hace necesario remitirse, cuando menos de forma breve, a lo que la doctrina ha dicho acerca del desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en el ámbito de los consumidores, y la interpretación doctrinal que se le haya dado a la misma.

Así, es seguramente MIQUEL GONZÁLEZ quien más ha desarrollado el sentido de esta expresión, poniéndola siempre en conexión con la «buena fe» de que se habla en la LCGC y el TR de la LGDCU. Para este autor el punto de referencia decisivo para determinar cuándo existe ese «desequilibrio» entre derechos y obligaciones, *lo proporciona el Derecho dispositivo aplicable en cada caso en función del tipo contractual empleado*. No se trata tanto de una simple comparación entre los derechos obligaciones de las partes entre sí, pues conceder una igualdad formal no excluye que haya desequilibrio; el parámetro debe

ser a su juicio la regulación legal, entendida en sentido amplio de normas jurídicas; y si no se dispone de normas, deberá tenerse en cuenta la finalidad del contrato; no habrá equilibrio cuando se vean afectados o lesionados los intereses relevantes de la parte que se adhiere a la propuesta de la otra<sup>72</sup>.

Sin embargo, el recurso a la doctrina que ha estudiado el desequilibrio en el ámbito de la tutela de los consumidores resulta a la postre insatisfactorio.

Primeramente, porque no parecen trasladables pautas primordialmente económicas a ámbitos de carácter personal o personalísimo. Pero, sobre todo, y en segundo lugar, pensando ahora en pautas estrictamente jurídicas, hemos visto que la doctrina, cuando analiza esa idea del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, suele tomar como referente el llamado *Derecho dispositivo*, regulador de tipo contractual que se utiliza en cada caso. Sin embargo, es manifiesto

---

<sup>72</sup> MIQUEL GONZALEZ, J.M<sup>a</sup>, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo), Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 948-949.

En un sentido similar, GONZALEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (Coord. R. Bercovitz), ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 964, para quien el derecho dispositivo es la base, siendo posible alteraciones del mismo cuando el resultado general sea «adecuado», esto es, cuando se constate que los intereses de la ley se encuentran suficientemente atendidos con el conjunto de remedios predisuestos. También, CASTILLO MARTÍNEZ, C.del C., *Protección y defensa del consumidor frente a la abusividad y la usura. En el tránsito hacia la asimilación del Derecho de la unión*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 110-111.

que esto resulta impracticable en los acuerdos o negocios que estamos analizando, ya que *en ellos normalmente no existe una normativa dispositiva que disponga un modelo de régimen jurídico material*, sino que la ley sólo regula aspectos formales (condiciones formales o procedimentales para su validez). Baste pensar en las capitulaciones matrimoniales, o los convenios reguladores, o en cualesquiera otros acuerdos consistentes en prestación de servicios o adopción de conductas (positivas o negativas), cuando su objeto sea limitar o renunciar puntualmente al ejercicio de uno o varios derechos fundamentales o libertades públicas. No habiendo, pues, una regulación material dispositiva, parece muy difícil resolver una disputa acerca de la validez o invalidez de alguno de estos acuerdos o negocios, al carecerse de instrumentos de referencia, y eso se comprueba perfectamente en la jurisprudencia sobre pactos prematrimoniales, capitulaciones o convenios reguladores.

Junto a lo anterior, hay más inconvenientes. Con el planteamiento expuesto viene a *negarse algo muy importante* en el campo de los derechos fundamentales y libertades públicas, *como es la libertad de elección inherente a todo titular de estos derechos*, y así elegir entre ejercitar o no ejercitar el derecho, elegir entre pactar o negociar con tercero la renuncia o autolimitación puntual de su derecho, a cambio o no de alguna contraprestación, elegir entre dar más o menos alcance a esa restricción, o finalmente, elegir entre cumplir y ejecutar aquello que ya se había acordado, o no hacerlo, a partir de un momento dado.

En tanto el sujeto decida no ejercitar positivamente su derecho frente a otra persona, sino por el contrario negociar con ésta su no aplicación a un determinado caso o circunstancia, y decida llevarlo a término, debe respetarse como regla esa decisión, sin por ello calificar esta conducta como obligatoriamente ilícita, en cuanto vulneradora de un presunto «orden público», que se desconoce cuál es. Si fuese así, es decir, actuando desde arriba el Estado y anulando esa conducta en contra de la voluntad (al menos actual) del titular afectado, se estaría obrando de forma abiertamente paternalista, e imponiendo al sujeto el ejercicio positivo obligatorio de su derecho en un determinado sentido, privando a dicho sujeto del mínimo margen de maniobra, lo cual choca frontalmente con la idea de libertad que subyace al reconocimiento de cualesquiera derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en los textos constitucionales (en tanto se actúe dentro de los márgenes fijados por la propia regulación constitucional, si es que la hay, que muchas veces es inexistente). Esa libertad de decisión se manifiesta igualmente en los momentos posteriores a la suscripción del presunto acuerdo o negocio jurídico, en el sentido de disponer de libertad plena para deshacer lo acordado, como modo de ejercitar (ahora en sentido contrario) el propio derecho fundamental.

Esto implica, como antes se expuso al tratar del llamado modelo permisivo y la regulación del honor, intimidad y propia imagen, que no sea viable procesalmente el ejercicio de acciones de cumplimiento *in natura* por la otra parte (la beneficiada por el acto de renuncia o autolimitación del derecho

fundamental) cuando el sujeto titular de ese derecho expresa en un momento dado su oposición a ello, en cuanto ha decidido cambiar de opinión y recuperar plenamente las facultades y poderes a los que había previamente renunciado.

En este sentido, es muy usual en la doctrina constitucionalista y civilista sostener que la firma de un presunto acuerdo cuyo objeto recaiga sobre alguno de estos derechos de máximo rango, no puede ser ni indefinido en el tiempo, ni tampoco puede otorgar a la otra parte una pretensión o acción de reclamación de cumplimiento de aquello a lo que había renunciado el titular, sean cuales sean las circunstancias. Por cuanto ello supondría un vaciamiento de hecho de las facultades que la Constitución concede a toda persona al investirlo de esos derechos fundamentales.

Esto sería la prueba palpable de lo inadecuado de la fórmula de la nulidad. Fuera de casos extremos en que, o bien se vulnerase alguno de los límites constitucionales del correspondiente derecho, o se tratase de un acto de renuncia o autolimitación especialmente grosero, no parece fácil recurrir a la nulidad del acto o negocio por lesión de un derecho fundamental.

La nulidad además se ha demostrado poco eficaz como remedio a este tipo de situaciones donde se afectasen derechos fundamentales o libertades públicas, ya que, si se aplicase a alguno de los casos que hemos analizado, se retrotraerían sus efectos (eficacia *ex tunc*) al momento de celebrarse el acuerdo o acto, y las partes tendrían que restituirse todo lo que recibieron. Frente a ello, la retroacción total de efectos de esa

nulidad sería inadecuada en todos aquellos casos en que el sujeto titular consintió y aceptó que se cumpliera lo acordado, y sólo a partir de un momento dado cambiara de opinión: no puede negarse que (Salvo vicio del consentimiento acreditado) serían plenamente legítimos todos los efectos que estuvieran respaldados por esa voluntad cumplidora, pues estaría justificada y protegida por el paraguas del propio consentimiento del sujeto<sup>73</sup>.

Por lo tanto, descartada como fórmula general la de la nulidad, nos queda la revocación y la facultad revocatoria como instrumento mucho más idóneo, y más adaptado a las particularidades de ser titular de un derecho fundamental, y al que ya nos hemos referido más arriba en parte.

#### 2.4.2. La revocación como instrumento más idóneo. Facultad de revocar y contrato

Frente al instrumento de la nulidad contractual o negocial, basado en la idea de desequilibrio o ventaja injusta, entendemos preferible el mecanismo de la revocación, cuando el objeto de lo acordado es un acto de autolimitación o de afectación en general de un derecho fundamental o libertad pública, o el objeto de acto o negocio afecte en general a cuestiones de orden personal o personalísimo. La nulidad por ventajismo exige la

---

<sup>73</sup> Además, en caso de aplicarse una ineficacia *ex tunc*, sería difícil restituir materialmente una conducta previa del sujeto, de hacer o de no hacer, ya consumada, siendo bastante complicada una valoración alternativa en términos económicos de esa conducta positiva o negativa por restablecer, referida a un derecho o libertad fundamental.

conurrencia y demostración de una serie de condiciones muy amplias y complejas, como antes se expuso, que no siempre son susceptibles de constatarse, en cuyo caso la insatisfacción del sujeto será muy elevada, sobre todo si se piensa en una coyuntura de desequilibrio contractual y de necesidad de tutela de la parte teóricamente débil.

En cambio, la revocación, además de estar plasmada en diversos textos legales vigentes, resulta enormemente versátil, por cuanto no exige la prueba de nada, sino sólo la afectación de algún derecho constitucional por una de las partes.

Además, permite unos efectos perfectamente matizados, sin necesidad de hacer totalmente ineficaz el acuerdo con efectos retroactivos o *ex tunc*, y sin necesidad de proceder a una matización o adaptación de lo pactado, como sucede con el instrumento antes citado del ventajismo o la ventaja injusta. Frente a este último mecanismo, la revocación no afectará, como regla, a todo lo actuado y ejecutado, que mantendrá su validez y eficacia, fundamentando su legitimidad en el consentimiento prestado en origen por parte del titular del derecho fundamental afectado. En cambio, una vez producida la revocación, quedaría sin respaldo jurídico la posible intromisión de la parte beneficiada, pero sólo a partir de ese momento, y únicamente se trataría de dejar constancia de la efectiva revocación del consentimiento por parte del titular.

Este instrumento sería utilizable perfectamente en casos en los que habría en origen un desequilibrio contractual, pero el mismo no fue denunciado a renglón seguido por el sujeto afectado, y le permitirá sin grandes esfuerzos dejar de estar vincu-

lado, y hacer ineficaz cualquier pretensión de cumplimiento o ejecución por parte del beneficiado.

Pero además de los casos de desequilibrio, es perfectamente utilizable también cuando éste no se produjo, o cuando ese desequilibrio no fuese posible demostrarlo mediante pruebas fehacientes o mediante presunciones legales. En estos supuestos, será por tanto irrelevante el que el sujeto titular del derecho se halle en situación de debilidad o vulnerabilidad, puesto que tendrá la misma facultad revocatoria, sean cuales sean las circunstancias.

Por supuesto, ello no le impedirá ejercitar una acción de nulidad por ventaja injusta o desequilibrio contractual o negocial, si lo que quiere es intentar deshacer todo lo ejecutado o cumplido hasta el momento de la revocación, en la medida en que pudiera ser viable (ya vimos que puede ser muy difícil).

Por otro lado, la revocación no es un instrumento de carácter excepcional, que se limitaría a los casos en los que se haya llegado a un acuerdo en el que se ponga en juego, como objeto principal, un derecho de máximo nivel o un principio constitucional básico. Muy al contrario, tiene un campo de operatividad bastante amplio:

En primer lugar, son cada vez más habituales de lo que se piensa aquellos negocios, contratos o actos en los que se ven afectados de forma directa este tipo de derechos. La práctica judicial lo viene demostrando en los últimos años, sin olvidarnos de la creciente preocupación social por la tutela de los derechos fundamentales. Baste pensar en el cada vez mayor número de

contratos o acuerdos de servicios en los que intervienen o se ponen en juego esta clase de derechos.

En segundo lugar, también es un mecanismo no descartable cuando la renuncia o autolimitación del derecho fundamental o del principio constitucional *se inserta en el seno de una o varias cláusulas dentro de un contrato o negocio de contenido más amplio*. También en estos casos, por pura lógica, debe jugar la facultad revocatoria, aun cuando ciertamente con mayores matizaciones, como ahora se expone. En concreto, aquí no cabría, como regla, negar la condición «contractual» o negocial de lo pactado entre las partes, existiendo por tanto el vínculo contractual o negocial como tal, sino sólo poner en cuestión aquella cláusula o cláusulas atinentes específicamente a estos derechos fundamentales o principios constitucionales.

Por último, también es un instrumento relevante en negocios de contenido personal o familiar, pues en ellos casi siempre, de una forma directa o indirecta, se plantea algún tipo de conflicto relacionado con la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, que son a la postre el puerto de entrada o acceso a las disputas sobre derechos fundamentales.

Desde luego, todo esto nos lleva a plantearnos si cuando estamos ante una renuncia o autolimitación del derecho fundamental contenida en un así denominado contrato o negocio bilateral o plurilateral, debemos mantener que no estamos realmente ante un vínculo contractual o negocial, del que surgen verdaderas obligaciones para ambas partes.

Desde nuestro punto de vista, si hay algo que consideramos decisivo en todos los posibles acuerdos o negocios bilaterales o plurilaterales en que el sujeto titular del derecho fundamental pone en juego su derecho, renunciando puntualmente al mismo, o autolimitándolo en provecho de tercero, es que siempre debe tener a su disposición la facultad de libre revocación de su consentimiento (hipotéticamente «contractual»). Sean cuales sean las circunstancias, y por encima de lo pactado. Ya vimos más arriba cómo este dato es reconocido por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, incluso aunque se trate de acuerdos de carácter oneroso y contenido patrimonial.

No estamos sólo ante un instrumento legalmente previsto para determinados derechos fundamentales, como el honor, la intimidad o la imagen, cuyo artículo 2.3 LO 1/1982 lo reconoce, así como el derecho constitucional a la protección de datos, en cuya normativa se encuentran también preceptos legales que lo prevén con una gran amplitud, y con efectos colaterales no muy relevantes. Desde nuestra perspectiva, *estas normas sólo dan fe de un modelo de actuación que debe ser extensible a cualquier acuerdo cuyo objeto principal, o uno de cuyos objetos principales lo constituya una renuncia o autolimitación del derecho fundamental de una de las partes.*

Así pues, tratándose de derechos fundamentales o valores constitucionales básicos, *cualquier pacto, por muy válido que sea*, es decir, por mucho que haya pasado el tamiz de un control legal o incluso judicial, *no puede impedir la libre revocación*

*del acuerdo, por encima incluso del principio básico de Derecho privado del «pacta sunt servanda».*

Hay que recordar que *la autonomía de la voluntad y el «pacta sunt servanda» no aparecen en el texto constitucional como una causa de limitación en la tutela de los derechos fundamentales.* Muy al contrario, estos derechos, si no hay restricción singular en el precepto constitucional concreto, *prevalecen y se anteponen a la autonomía privada y a la vinculatoriedad de los acuerdos*<sup>74</sup>: es decir, en la medida en que un derecho de este tipo se vea afectado por todo el contrato o acuerdo (también ahora veremos que incluso si sólo afecte a una o varias cláusulas del mismo), el titular debe tener la facultad de revocar su consentimiento y recuperar aquella parte o fracción de su DF que se ha visto reducida o suprimida por el consentimiento prestado por él a la intromisión de tercero<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> De hecho, la antigua **Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776**, considerada el primer cuerpo de normas sobre derechos humanos, ya establecía del siguiente modo la preponderancia de los derechos fundamentales sobre cualquier tipo de pacto: «...*Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto...*».

<sup>75</sup> Quizás sólo en el caso de que estemos ante un acuerdo o contrato en el que **ambas partes** hayan convenido la renuncia puntual a alguno de sus concretos derechos fundamentales, la anterior conclusión merecería alguna matización. En estas hipótesis, en principio poco imaginables en nuestra vida social actual, al ser las dos partes las afectadas en un derecho de sete signo (seguramente distinto para cada una de ellas), el juzgador debería ponderar la situación, así como los derechos en juego, para obtener conclusiones sobre la libertad o no de revocar el consentimiento prestado. No obstante, incluso en estas hipótesis, la más razonable respuesta en esta coyuntura sería la de

Fuera de estas hipótesis, la idea de la libre revocabilidad guarda también relación con *los efectos que haya de atribuirse a la concreta nulidad de la cláusula o pacto que la regule, cuando se establezca, por ejemplo, la prohibición de revocar, o se fijen límites a la facultad revocatoria, o bien se impongan sanciones económicas o de otro tipo muy importantes para intentar asegurar la no revocación.*

Resulta evidente que este tipo de pactos no son eficaces, y no pueden esgrimirse en un procedimiento judicial, por vía de acción o de excepción, por parte del sujeto que las introdujo en el texto del acuerdo, como forma de impedir u obstaculizar la libre revocabilidad.

Baste pensar lo siguiente: si eso no fuera así, esto es, si no fuera posible reconsiderar los propios compromisos y ejercer el derecho fundamental concreto renunciado o autolimitado, podría suceder que el sujeto titular que hubiera prestado un consentimiento para auto-reducir el ámbito de ejercicio de su derecho de una forma tan amplia en cuanto a sus contenidos, o en cuanto a la duración temporal o espacial del mismo, *se podría ver privado o expropiado de hecho de desarrollarse como persona en ese ámbito*, por el solo hecho de haber prestado su consentimiento en un momento dado, en el seno de un contrato o acuerdo.

---

*permitir a cualquiera de las partes revocar su respectivo consentimiento, pues lo contrario supondría vincularlo de forma continuada a una conducta o a unas consecuencias en su vida personal, que no debería admitirse.*

Como ha dicho algún autor estudioso de estos temas (LÓPEZ AGUILAR), en relación a estos contratos o negocios sobre derechos fundamentales<sup>76</sup>, «...en ningún caso podría considerarse un acto negocial lícito amparable por el ordenamiento jurídico ... un negocio que pretendiese el carácter irrevocable o irreversible de la expresión inicial del consentimiento (una prestación física indefinida en el tiempo o irreversible aunque variaren las circunstancias en la que consintió, o cesase el consentimiento que la hizo posible en origen)».

No se puede perder de vista que muchos de los pactos de renuncia o autolimitación del propio derecho fundamental tienen una proyección temporal bastante amplia y duradera en el tiempo; incluso pueden haber sido configurados de una manera temporalmente indefinida, o casi indefinida; o referida a una multiplicidad de situaciones imaginables, tanto actualmente como en el desarrollo tecnológico futuro, que hagan esas renunciaciones como imperecederas en el tiempo.

Al respecto, ha dicho también muy expresivamente DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ<sup>77</sup> lo siguiente, en relación a las consecuencias de la posible renuncia de derechos fundamentales:

---

<sup>76</sup> LOPEZ AGUILAR, «Autonomía de la voluntad...» *cit*, pág. 19, aunque discrepamos en cuanto a su referencia a aquellos contratos «...cuyo objeto fuese el propio asesinato de quien lo suscribe, o la propia tortura o maltrato (humillación consentida)...».

<sup>77</sup> DIEZ-PICAZO GIMENEZ, L. M<sup>a</sup>, *Sistema de derechos fundamentales*, 2005, pág. 142.

...Cualquiera que sea la posición adoptada en esta materia, no conviene olvidar que la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales es siempre revocable. Dicho con mayor precisión, los actos de ejercicio de derechos fundamentales –tanto si son puros comportamientos materiales ...como si son actos jurídicos propiamente dichos, cuya finalidad es precisamente producir determinados efectos jurídicos– deben reputarse siempre legítimos y válidos cualesquiera que sean los compromisos previamente adquiridos de no realizarlos. Lo contrario equivaldría a que el ordenamiento diera por bueno que las personas se desarmaran de aquellas facultades y garantías que él mismo considera básicas.

Estas palabras requieren una importante reflexión, que normalmente no se acomete a nivel doctrinal.

Con ellas se nos está diciendo algo que a veces resulta difícil de aceptar a nivel de los estudiosos del Derecho privado, a saber, *la absoluta preponderancia de los derechos fundamentales, por encima de cualquier otra consideración, incluida la propia libertad de pacto*. Es decir, ante el riesgo, en cualquier tipo de acuerdo o negocio jurídico, de que por la otra parte *se impongan* al titular de un derecho fundamental o libertad pública unas importantes limitaciones al uso o ejercicio de ese derecho, hasta el punto de desvirtuarlo o hacerlo inoperante, prevalece y se antepone la necesidad de su tutela por encima de cualquier otro interés legítimo.

Pero es que, *incluso aunque pudiera demostrarse que no hubo tal situación de imposición, abuso o prepotencia, debe en todo caso quedar expedita la vía, para el titular del derecho, de recuperar el ámbito o sector de ejercicio de su derecho que ha sido ex-*

*cluido o renunciado mediante pacto o acuerdo.* De lo contrario, como afirma el autor antes citado, se estaría permitiendo que, a través de pactos o negocios de renuncia, desaparecieran para un individuo dado aquellas facultades o poderes fundamentales concedidos por el legislador constituyente en su beneficio<sup>78</sup>.

*Es a estos efectos irrelevante el que ese consentimiento contractual o autorización se haya prestado en condiciones de plena libertad y de equilibrio contractual.*

El hecho de que el acuerdo o negocio afecte de forma sustancial a un derecho de esta índole, en cuanto constituya su objeto principal o una de sus prestaciones básicas la renuncia o autolimitación puntual del citado derecho, debe llevar automáticamente a la concesión de una facultad revocatoria del propio consentimiento, pudiendo deshacer lo pactado con total libertad (al margen de las consecuencias económicas derivadas de esa revocación).

A nivel doctrinal y jurisprudencial, la disputa se ha centrado, como ya vimos más arriba, de forma casi exclusiva, en el derecho a la propia imagen y los acuerdos de cesión onerosa del mismo a favor de terceros. Es llamativo este hecho, por cuanto, respecto de cualquier otro derecho fundamental, incluso respecto de la intimidad o los datos personales, nadie

---

<sup>78</sup> En esta línea, LOPEZ AGUILAR, J. F., «Autonomía de la voluntad...» *cit.*, pág. 19, quien considera que la cláusula de dignidad debe ser leída en perspectiva actualizada, y de ahí deducir, entre otras cosas, con base en la jurisprudencia constitucional, que la revocación del consentimiento a los actos de renuncia de derechos fundamentales contenida en contratos, es perfectamente lícita, aunque deben repararse los perjuicios ocasionados.

pone en duda, ni siquiera nuestro Tribunal Constitucional ni nuestro Tribunal Supremo, la revocabilidad de cualquier consentimiento, incluso prestado en forma onerosa y en el seno de un contrato con prestaciones para ambas partes.

En los tiempos tecnológicos que corren, sin duda van a aumentar exponencialmente los casos de acuerdos o prestaciones de consentimiento de los ciudadanos en muchas facetas de su vida íntima, sus aspectos vitales y su identidad como persona. Por lo tanto, no cabe duda de la importancia de lo que estamos defendiendo en esta sede.

Esto debe tener consecuencias importantes en todos aquellos casos en que se hubiese pactado acerca de un derecho fundamental, como objeto principal, o incluso secundario (en el sentido de afectar sólo a alguna o algunas cláusulas de un contrato más amplio, como sucede justamente en el caso de la sentencia analizada), con el añadido de una cláusula penal que hipotéticamente «garantice» el cumplimiento. Como se comprueba con las sentencias más arriba citadas, la jurisprudencia se muestra frontalmente en contra de su validez y eficacia en tanto el sujeto cuyo derecho se halla en juego decida recuperar el ámbito renunciado o «cedido», a través de un acto revocatorio del previo consentimiento.

Todo lo anterior conduce a la idea más arriba expresada y que ahora conviene resaltar: y es que, propiamente, cuando un sujeto titular de un derecho fundamental celebra un (presunto) acuerdo por el que renuncia o autoriza a otro a inmiscuirse en la esfera de funcionamiento de ese derecho, ya lo haga a

cambio de alguna «contraprestación», o ya lo haga mediante negocio caracterizado por su condición de gratuito, *en realidad ese acto carecerá de la naturaleza técnica de contrato*. Por cuanto del mismo no nacen técnicamente obligaciones para una o ambas partes, ni un verdadero derecho subjetivo o pretensión a favor de las mismas para exigir el cumplimiento u observancia de una conducta típicamente obligacional<sup>79</sup>. Tan sólo, en su caso, una causa de justificación de las prestaciones o atribuciones patrimoniales ya cumplidas y ejecutadas con anterioridad al momento de la revocación del consentimiento.

Precisamente por tener un objeto contractual recayente sobre un derecho de esta índole (o en un ámbito concreto de operatividad del mismo), no hay en ningún caso una vinculación del titular afectado respecto del beneficiario. *Este podrá gozar de las consecuencias del acto de renuncia o autolimitación efectuado, pero solo mientras así lo quiera y decida el titular del DF*, quien, tras su decisión libérrima de revocar, producirá como efecto la conversión de la actuación del beneficiario –en

---

<sup>79</sup> En esta línea, ALFARO AGUILA-REAL, «Autonomía privada ...» *cit.*, pág. 103-104, ha dicho que una de las posibles consecuencias de los contratos negocios por los que un sujeto limite o renuncie a alguno de sus derechos fundamentales, es la negación de la ejecutoriedad forzosa de la obligación contraída por el sujeto que efectúa es renuncia o limitación, imposibilitando la ejecución *in natura* que pudiera proponer judicialmente la otra parte contratante; y afirma que resulta incompatible con la dignidad humana obligar a al sujeto que tras un cambio de ideas se vea forzado a cumplir aquello a lo que teóricamente se vinculó, siendo intolerable que se pueda obligar coactivamente por parte del aparato estatal a realizar la actividad originariamente prevista cuando con posterioridad se ha cambiado de opinión.

caso de persistir en ella— en una intromisión ilegítima en el derecho. En cambio, *todo lo realizado hasta entonces entre las partes será perfectamente lícito, y serán en principio irrevocables los efectos y consecuencias ya producidas*, por cuanto *estarán bajo el paraguas del consentimiento o autorización del titular del derecho fundamental afectado*. Es decir, por lo que concierne a la intromisión realizada (en la esfera de intimidad, de imagen, de protección de datos, de integridad física, etc.), será siempre lícita, en cuanto será «legítima», justificada en la voluntad o consentimiento continuado del titular. Por otro lado, por lo que se refiere a la prestación realizada por el beneficiario, normalmente el pago de una suma de dinero, quedará en poder del titular del derecho, al menos en la parte correspondiente al período de tiempo en que estuvo vigente la autorización, y será una atribución patrimonial con una causa verdadera, que no es otra que el consentimiento prestado por el titular del derecho de poder entrar o entrometerse en la esfera personal del sujeto titular<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Sobre las condiciones para la revocación de ese consentimiento, y la legitimación, y los efectos de dicha revocación, puede verse CASTILLA BAREA, *Las intromisiones ... cit.*, pág.185-203, con quien estamos de acuerdo en lo fundamental.

**3. Cláusulas o estipulaciones concretas, dentro de un acuerdo o contrato, que afecten hipotéticamente a derechos fundamentales (y no haya específica regulación legal). Especial consideración de los pactos prematrimoniales y matrimoniales, o convenios reguladores: pactos matrimoniales y Constitución**

Debemos preguntarnos en este último capítulo por el juego del principio de autonomía privada en aquellos contratos, o bien en acuerdos o negocios jurídicos, en los que se contengan, como cláusula específica dentro de unos contenidos más amplios, estipulaciones que afecten puntalmente a derechos y libertades constitucionales, por si las conclusiones anteriores deben ser o no matiza

Nos referiremos también especialmente a los pactos prematrimoniales y matrimoniales, o a los convenios reguladores en casos de divorcio o separación matrimonial, en los cuales se contienen a menudo cláusulas donde se mezclan consideraciones de tipo patrimonial con otras de orden personal o personalísimo, y en donde se pudiera lesionar o verse afectado algún derecho fundamental, así como la jurisprudencia dictada al efecto.

La particularidad aquí es que no estamos normalmente ante acuerdos en los que el objeto de los mismos (o uno de sus objetos principales) tiene relación directa o indirecta con un derecho fundamental, sino ante acuerdos donde son sólo alguna o algunas de sus cláusulas las que afecten o conciernen a este tipo de derechos, o a principios constitucionales básicos como la dignidad de la persona.

### **3.1. Las cláusulas contenidas en contratos de arrendamiento de vivienda afectantes a derechos fundamentales y libertades públicas**

Empezaremos este análisis por aquellos supuestos relativamente habituales en que, dentro de un contrato tipificado legalmente, por tanto, dentro de un contrato de contenido típicamente matrimonial, se añaden al mismo cláusulas inusuales donde se vinculan al sujeto a realizar una conducta afectante a sus derechos y libertad básicas como condicionante de la validez total o parcial del contrato.

Un ejemplo muy típico de lo anterior es la cada vez más frecuente *cláusula en un contrato de arrendamiento de vivienda en donde se impone la asunción por la parte arrendataria de no tener hijos, o de no casarse, durante el tiempo de vigencia del contrato*. Estamos ante un supuesto que ha tenido cierto recorrido a nivel doctrinal, y ha dado lugar a posturas diversas, por lo que merece un cierto examen por nuestra parte.

Desde luego, la presencia de estas cláusulas no tiene en principio por qué afectar a la totalidad del contrato, ni por

tanto generar por sí solas la nulidad del contrato de arrendamiento en su conjunto, debiendo presuponerse las prestaciones básicas del mismo como perfectamente legales, siendo eficaz el contrato y no susceptible de resolución mientras se cumplan las obligaciones principales del mismo. Nos planteamos sin embargo si esa afectación, en una determinada cláusula contractual, de un determinado derecho fundamental, como la libertad para contraer matrimonio (art. 32.1 CE), o el derecho a la integridad física (art. 15 CE) o la libre determinación personal (art. 17 CE), puede tener consecuencias jurídicas tales como la anulación de la cláusula, o tenerse por no puesta.

Para ello, debemos valorar las distintas posibilidades de entender el sentido o ratio de este tipo de cláusulas, como forma de decidir sobre su licitud o ilicitud:

a) En primer lugar, se ha dicho que puede tratarse de la estipulación de *una condición resolutoria* del arrendamiento de vivienda prevista contractualmente para el caso de que haya hijos sobrevenidos de la pareja arrendataria. Desde este entendimiento, acaso no tendría que quedar viciada de posible nulidad dicha cláusula, con base en una hipotética lesión del derecho a la autodeterminación personal sobre el propio cuerpo o la libertad personal de decidir tener hijos en cualquier momento, dado que estaríamos ante una fijación de las condiciones de ejercicio de la facultad resolutoria contractual.

b) En segundo lugar, la cláusula podría ser entendida como una cláusula irrelevante en el sentido de no vinculante propiamente, al establecer una obligación de hacer incoercible, y por lo tanto sin trascendencia jurídica alguna.

A nuestro juicio, para valorar este tipo de cláusulas habría que retroceder al origen, esto es, al momento en que se redacta y se incluye en el texto de un contrato de arrendamiento. Es indudable que nos hallamos ante una cláusula que podemos considerar «sorpresa», en cuanto totalmente inusual en un contrato de contenido patrimonial típico como un arrendamiento de vivienda. Ello nos lleva a pensar que su inclusión en este contrato responde a la imposición del arrendador, quien desde el principio quiso –y consiguió– establecerla por encima de la voluntad del arrendatario, cuando éste, en condiciones normales, no habría lógicamente aceptado este tipo de cláusulas.

Ello nos lleva a un equiparación o asimilación al régimen de las cláusulas sorpresivas en el ámbito de los consumidores y las CGC: en la legislación específica, este tipo de cláusulas no pasarían el llamado control de incorporación, por ser precisamente inesperadas, y *presumirse por ello que fueron impuestas por una parte a la otra*, fruto de un desequilibrio contractual evidente, que debe ser desechado jurídicamente para equilibrar la posición de las partes, y obtener un panorama de derechos y obligaciones muy similar entre ellas.

Por tanto, desde nuestra perspectiva, una cláusula de este tipo resulta *a priori* reprochable, por cuanto seguramente implican en su base un desequilibrio contractual evidente entre las partes, que debe ser evitado. Es muy poco probable que, en circunstancias de suficiente equilibrio, el arrendador pueda imponer tales mandatos o condiciones a la parte arrendataria. Siendo así las cosas, podría defenderse la nulidad o inoponi-

bilidad de la cláusula referida, no tanto por afectar a este tipo de derechos de máximo rango, cuanto por implicar una presunción de desequilibrio contractual, merecedor de una corrección a nivel judicial, que *a fortiori* afectaría a un derecho fundamental.

Ahora bien, no puede descartarse que, *excepcionalmente, se pudiera demostrar que, en origen, hubo una cierta negociación, y la cláusula específica tenía como contrapartida para el sujeto vinculado un determinado beneficio o contraprestación*, como consecuencia de haber asumido esa suerte de limitación del derecho a procrear. Así, pudiéndose demostrar que, como contrapartida a la asunción de este deber de conducta (activo o negativo), se ha obtenido algún tipo de ventaja efectiva, que además sea «*equiparable*» o *contrastable en relevancia económica o jurídica* (como podría ser, por ejemplo, una rebaja importante en la renta pactada, en comparación con la que se fijaría si no existiese esa condición, o una ampliación del plazo de vigencia del arrendamiento), habría entonces posibilidad de conseguir el respeto a la validez y eficacia de la referida cláusula, aun habiendo conexión con derechos fundamentales que estarían en juego.

Por supuesto, podría pensarse que, en realidad, la existencia de este tipo de cláusulas no supone una limitación efectiva de derechos fundamentales, puesto que el sujeto afectado no queda impedido de hecho si su voluntad es decidir tener hijos a pesar de lo pactado, y tenerlos efectivamente, o contraer matrimonio. Sin embargo, el hecho de que haya algunas conse-

cuencias teóricas para el caso de incumplir lo pactado, podría acabar disuadiendo al sujeto de tener hijos en ese período de tiempo de duración del alquiler, por lo que sería una prueba de prepotencia de la parte arrendadora, y de la conveniencia de restablecer el equilibrio, mediante la ineficacia de la cláusula.

A esos efectos, aunque desconocemos si un Tribunal consideraría como válida esa cláusula cuando se plantease el supuesto de hecho de su aplicación (nacimiento de un hijo durante la vigencia del arrendamiento), consideramos que muy probablemente ese Tribunal pasaría por alto lo pactado, y denegaría la posible resolución contractual por esa causa, de modo que tendría por no puesta la cláusula, o simplemente la consideraría no vinculante jurídicamente<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Al respecto, la cuestión sería, ciertamente, la fundamentación jurídica de una resolución desestimatoria de la posible resolución contractual que podría instarse por parte del arrendador, con base en la infracción o incumplimiento de ese «deber» incardinado dentro de la cláusula. Por lo pronto, no se puede pensar en una verdadera «obligación» (de no hacer) cuyo incumplimiento justificaría la acción resolutoria del contrato: no estamos ante una conducta susceptible de calificarse en ningún caso como tal «obligación»; seguramente por aparecer directamente condicionado un derecho fundamental (lo cual no necesariamente la tildaría de «ilícita»). Por lo tanto, no habiendo obligación, no cabría argumentar con base en el art. 1124 CC, y defender el ejercicio de la facultad de resolver el contrato por incumplirse una obligación. Estaríamos más bien ante una previsión contractual de aposición de una condición con función resolutoria, sobre la base de «un suceso futuro e incierto» (arts. 1113 ss. CC). En este sentido, se podría aplicar directamente al caso el art. 1115 CC, dado que, en buena medida, se habría hecho depender la condición de la «exclusiva voluntad del deudor» (aquí, el arrendatario), lo que abocaría a una nulidad de la cláusula, que no del contrato en su conjunto. En todo caso, no puede perderse de vista que nos hallamos en un ámbito de relaciones contractuales de orden

## **3.2. Pactos prematrimoniales y matrimoniales que contengan estipulaciones singulares referidas a derechos fundamentales o libertades públicas**

Entramos ya en el examen de las cláusulas más habituales de los pactos prematrimoniales y matrimoniales, a las que ahora pasamos a referirnos.

### **3.2.1. Introducción**

Dentro del amplio campo de los pactos prematrimoniales y matrimoniales, nos ocuparemos sólo de aquellos en los que se vean implicados directa o indirectamente derechos fundamentales.

Aunque existe ya una amplia doctrina sobre pactos prematrimoniales<sup>82</sup>, estamos ante un tema no suficientemente tratado en la doctrina, con algunas escasas manifestaciones en la jurisprudencia, o al menos no de forma detenida y monográfica: por tanto, nos referiremos específicamente a las conexiones

---

tuitivo (arrendamientos de vivienda), donde el legislador pretende proteger la posición de la parte arrendataria, con lo que, al margen de si lesiona o no derechos fundamentales, habría que sostener que se trataría de una cláusula nula, por cuanto afectaría a las normas tuitivas contenidas en la LAU, donde no se incluye –ni parece que se pueda incluir en ningún caso– una causa resolutoria del contrato que no sea alguna de las legalmente previstas, sobre todo si perjudica o empeora la posición de la arrendataria.

<sup>82</sup> Vid. entre otros, ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 84 ss.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 88 ss; CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

entre los pactos prematrimoniales y los derechos y libertades fundamentales.

Desde luego, la cuestión se enmarca de nuevo dentro del fenómeno mucho más amplio de la llamada *Drittwirkung*, o eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Es patente que, al no existir una base constitucional clara acerca de las consecuencias jurídicas de incluir este tipo de estipulaciones, dentro de pactos prematrimoniales o matrimoniales, debemos dar una respuesta o solución a estas cuestiones.

Nuestro interés se centra en el estudio de los pactos prematrimoniales, contenidos o no dentro de unas capitulaciones matrimoniales, así como de los convenios reguladores, cuando contengan estipulaciones conectadas o afectantes a derechos y libertades constitucionales<sup>83</sup>. Nos limitaremos, por tanto, a estipulaciones donde se produzcan intromisiones o interferencias entre lo pactado y concretos derechos fundamentales o principios constitucionales básicos, recurriendo a veces a pactos ya celebrados en el mundo anglosajón, aún no existentes en España, como forma de ofrecer una panorámica lo más amplia posible.

---

<sup>83</sup> No nos referiremos, por tanto, dentro del amplio elenco de estipulaciones, a aquellas como las típicas y más habituales de previsión en caso de ruptura del matrimonio o de la convivencia matrimonial, de las que nos ocupamos en parte más arriba, a pesar de que el Tribunal Supremo, como ya hemos visto, recurre en ellas a los derechos constitucionalmente reconocidos, o a valores constitucionales básicos, como la igualdad o la dignidad, para resolver en buena medida la disputa acerca de su validez y vigencia.

Para ello, analizaremos, entre otros, pactos prematrimoniales o estipulaciones en convenios, del siguiente tenor, muchos de ellos de origen anglosajón y con escasa utilización muchos de ellos –de momento– en España:

- Pactos prematrimoniales donde se estipula el pago, una vez se produzca el cese de la convivencia matrimonial por divorcio o separación, de una compensación en atención al tiempo de duración de la convivencia conyugal.
- Pactos prematrimoniales sobre número o calidad de las relaciones sexuales
- Pactos prematrimoniales sobre negativa a tener hijos o sobre número de hijos.
- Pactos prematrimoniales sobre observación de una determinada conducta religiosa de la pareja durante la convivencia (por ej., deber de asistir a oficios religiosos semanalmente o practicar ritos y celebraciones propias de una determinada confesión).
- Pactos de estipulación de sanciones económicas en caso de vulneración de los deberes, sobre todo el de fidelidad.
- Pactos prematrimoniales o acuerdos bilaterales de renuncia a la intimidad o propia imagen, mediante, por ejemplo, la autorización pactada de un cónyuge o de ambos de acceder al móvil o los *whatsapp* del otro, o el consentimiento a llevar en el móvil grabaciones o fotografías del otro.

- Pactos contenidos en convenios reguladores donde uno de los ex cónyuges se obligue a vivir en otra localidad alejada del lugar de residencia del otro.

Dentro de esta heterogeneidad de estipulaciones, debemos plantearnos su validez o invalidez, y si la misma está inficionada por la vigencia de derechos fundamentales o de principios o valores constitucionales básicos, como la dignidad (art. 10.1 CE) o la igualdad (art.14 CE).

Como puede fácilmente pensarse, en algunos de los casos señalados, el hipotético choque se produce entre el acto de autonomía privada (el pacto prematrimonial suscrito por los dos cónyuges) y los derechos fundamentales a la libertad personal o a la libertad sexual, o la libertad ideológica y religiosa, el derecho constitucional a divorciarse, o los derechos de intimidad y propia imagen.

En cuanto a la *jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales en la materia*, como ya se vio más arriba, existe en España una cierta doctrina jurisprudencial que se ha ocupado de la licitud o ilicitud de los pactos prematrimoniales (complementada con la relativa a los convenios reguladores), al hilo de la cual se ha planteado la posible aplicabilidad a esos pactos de principios constitucionales como el de igualdad entre los cónyuges, o de derechos constitucionales como el de la libertad de divorciarse, de fijar residencia, entre otros, como posible límite a la licitud de los mismos. Pero ya vimos que los criterios que ha seguido el Tribunal Supremo, o las Audiencias Provinciales, en este ámbito, son muy escasos y sobre todo

muy poco precisos, hasta el punto de no ser trasladables con facilidad a otras situaciones.

En general, podemos decir que las sentencias dictadas hasta la fecha por la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre pactos prematrimoniales y matrimoniales no proporcionan aún, a nuestro juicio, las pautas o herramientas necesarias para discernir cuándo es válido o inválido un pacto matrimonial que lesiona el principio de igualdad, o que contraría presuntamente el «orden público» representado por los derechos fundamentales y libertades públicas, ni tampoco para resolver si la posible invalidez de una o varias de las estipulaciones o cláusulas por lesionar estos derechos fundamentales debe conllevar o no la ineficacia de la totalidad del acuerdo prematrimonial o matrimonial suscrito.

La pregunta, por tanto, sigue vigente a pesar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿se trata de estipulaciones que se deben tener simplemente por no puestas, o deben ser susceptibles de una declaración de nulidad? ¿Con base en qué se puede instar la ineficacia o invalidez de la cláusula (o de todo el acuerdo), cuando se vean afectados derechos o principios constitucionales? ¿Es la nulidad la solución razonable a este tipo de conflictos jurídicos?

### 3.2.2. Análisis de cláusulas matrimoniales concretas

Una de las más frecuentes cláusulas en pactos prematrimoniales es la de los *pactos en los que se estipula la entrega de bienes y dinero en caso de separación o divorcio, o el pago de una*

*cantidad al otro cónyuge en función del tiempo de duración del matrimonio o la convivencia marital.*

El primero de los supuestos fue ya tratado en la primera de las sentencias del Tribunal Supremo dedicadas con más o menos explicitud a los pactos prematrimoniales, la **STS de 31 de marzo de 2011**. En ella, no se alegaba en ningún momento una posible lesión de derechos fundamentales del marido, pero sí se planteaba una cuestión de validez de un pacto contenido en *escritura de liquidación de gananciales* en el que *el esposo se comprometía, además de a donar un inmueble a la esposa, a abonar a ésta una pensión de 200.000 pesetas mensuales en caso de separación posterior de los cónyuges*. Producida posteriormente la separación, se planteó la disputa sobre la licitud o ilicitud del pacto, y *la Sala resolvió a favor de la licitud del mismo*, a pesar de que se podría poner en cuestión la afectación del derecho constitucional a divorciarse previsto implícitamente en el art. 32 CE<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> La doctrina del Tribunal Supremo en el caso es la siguiente:

«...*La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.»*. Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera

Frente a la anterior sentencia, es muy conocido el caso en el que se estipulaba en pacto prematrimonial el pago de compensaciones económicas en función del tiempo de duración de la convivencia, que es analizado en la ya vieja **Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 17 de febrero de 2003**, donde se había pactado entre los cónyuges que, *en caso*

---

del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007).

... Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato.

En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual.

...Declarada la validez del contrato, a continuación deben examinarse los pactos contenidos en el mismo.

1º. En el primer pacto se acuerda el pago de una cantidad de dinero, con sus correspondientes actualizaciones. *Este pacto consiste en atribuir a la esposa el derecho a obtener una renta mensual con cargo a su marido, que es independiente de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria. Ya se ha dicho antes que estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. Debe declararse válido el pacto en cuestión.* Al no tratarse de un convenio regulador no debía aportarse a la segunda demanda de separación, porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida.

2º. La promesa de donación. Mayores dificultades plantea la admisión de la validez de la promesa del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan».

*de cese de la convivencia durante el primer año de matrimonio, el marido pagaría a su esposa una indemnización de un millón de pesetas, y a partir del primer año, una suma adicional de 83.333 pesetas por mes transcurrido de convivencia, todo ello sin perjuicio de la aplicación de las normas de los artículos 90 ss. C.Civil y de la pensión compensatoria a que hubiera lugar.*

La sentencia vino a declarar la nulidad de la cláusula aduciendo lo siguiente:

*«...Nos encontramos ante un exponente manifiesto del uso de la libertad de pactos para regir la vida económica del matrimonio, conforme al art. 1255 del Civil en relación con los arts. 1315 y 1325 del mismo y la doctrina que configura el Derecho de Familia como integrante del Derecho privado, en donde lo público y los intereses de la sociedad deben quedar al margen de su regulación. Sin embargo, esa concepción del régimen económico del matrimonio tiene sus límites legales.*

*La capitulación tiene una doble naturaleza, por un lado, desde un punto de vista de vigencia del matrimonio parece otorgar una valoración económica a la convivencia conyugal pues se cuantifica la misma el primer año y luego mensualmente; y por otro lado, desde el punto de vista de crisis matrimonial supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia, sin necesidad de proceso de separación. Por su parte el cónyuge beneficiado con la estipulación podría optar entre la convivencia o la indemnización, que a medida que transcurra el tiempo sería mayor, de tal modo que la cláusula se convertiría en un aliciente para el beneficiario de la misma y un elemento disuasorio del cese de la convivencia conyugal para el otro, es decir, para el obligado a su abono.*

*... Este Tribunal estima también que la referida cláusula es nula por aplicación del art. 1328 del CC, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto, de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el art. 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial».*

Se pueden hacer algunas consideraciones críticas de esta sentencia:

1. Es dudoso que estemos ante una cláusula penal, por cuanto no se ve qué obligación sería aquella cuyo incumplimiento daría lugar a la compensación o indemnización, ni tampoco se percibe si el incumplimiento que lleva al uso de la penalidad exige que sea imputable al sujeto frente al cual se ejercita. Es igualmente dudosa la aplicabilidad del art. 1328 CC, referido a cláusulas limitativas de derechos de un de los cónyuges: esta norma trata de buscar la igualdad real de trato entre los cónyuges, en materia económica, y durante la vida del matrimonio, no propiamente para el caso de ruptura.
2. Es sin embargo correcta a nuestro juicio la idea subyacente, relativa al *posible peligro de afectación del derecho constitucional a divorciarse o separarse*. Así, ciertamente, no se puede negar que una compensación económica que re-

sulte muy considerable en su montante económico puede disuadir para no ejercitar el derecho constitucional a divorciarse, recogido de forma implícita pero inequívoca en el art. 32.2 CE.

Ahora bien, *no estamos ante una afirmación generalizable en todos los casos posibles*: quizás la cuantía no sea demasiado elevada en relación al patrimonio de quien podría ejercitar la acción de divorcio. En todo caso, es un indicio claro a favor de su validez el hecho de que el sujeto que se obliga al pago de la suma ya hizo una valoración anticipada del riesgo que asumiría en el futuro, y aun así dio su consentimiento a la cláusula (sólo si hubo un cambio sustancial posterior de circunstancias económicas que dificultasen el ejercicio de la acción de divorcio podría llevar a la ineficacia sobrevenida de la cláusula, aplicando la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*).

Esta sentencia de la Audiencia de Almería ha sido utilizada muy frecuentemente por la doctrina, sobre todo en un momento histórico en que empezaba a vislumbrarse el problema de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito matrimonial, por lo que las opiniones posteriores a ella han sido normalmente contrarias a la licitud de este tipo de pactos.

*Sin embargo, contrasta esta solución con la dada por el Tribunal Supremo en la antes citada STS de 31 de marzo de 2011*, sobre un pacto con el compromiso de abono de una pensión indefinida de 200.000 pesetas, en caso de separación, que el Alto tribunal calificó como válida y eficaz, en aplicación de las reglas generales de la autonomía de la voluntad. Contrasta

igualmente con otras sentencias de Audiencias Provinciales favorables a la licitud de pactos similares<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Así, se puede citar **la Sentencia de la A.P. de Alava de 25 de marzo de 2002**, en el que se había pactado con carácter previo una indemnización de 90.000 euros para el caso de que en el futuro quedara extinguido el régimen económico matrimonial por causa distinta al fallecimiento, en base a lo dispuesto en el art. 1438 CC. Se trataba en suma de una remisión, entre otros, al ejercicio de acciones de separación o divorcio como causa del deber de abonar esa indemnización, al cual la Audiencia le dio finalmente validez. La solución de la Audiencia debe considerarse razonable, por cuanto no constituye un pacto propiamente fijador de una sanción para el caso de iniciar demanda de separación o divorcio (al estar referido a otros posibles casos), sino *más bien un pacto de liquidación anticipada de la compensación que se atribuye al cónyuge que se ocupa de las tareas domésticas ex art. 1438 CC*, el cual resulta perfectamente válido, al ser además materia disponible.

Cabe citar también la **Sentencia de la AP de Cádiz (sección 5ª) de 26 de julio de 2013**, que dice, en un caso similar donde se pactó el pago por el marido a la esposa, en caso de crisis matrimonial, de una renta vitalicia de 1.200 euros mensuales:

«...Así, el propio juzgador de instancia, con cita de pronunciamientos de la llamada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, y, destacadamente de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 217/2011, de 31 de marzo, reconoce que los pactos prematrimoniales, exponente de la libertad convencional consagrada en el artículo 1255 del Código Civil, en relación con los artículos 1315 y 1325 de dicho Texto Legal y la doctrina que configura el derecho de familia, han de considerarse válidos y eficaces en la medida que en ellos concurren los requisitos exigidos para la validez de los contratos 1261 del Código Civil y demás normas reguladoras del contrato. Pues bien, en cuanto a los primeros es visto que en el caso analizado no se ofrecen vicios del consentimiento que pudieran empañar la convención –ni siguiera se alegan por el interpelado Sr. Bartolomé– y concurren las exigencias de objeto y causa, sin que la circunstancia de generar obligaciones únicamente para el esposo –pago de una renta mensual vitalicia a la esposa para el caso de deterioro de la relación conyugal y separación– constituya indicio de anomalía contractual, como en supuesto simétrico al presente señala el Alto Tribunal en la sentencia antes citada.

Por lo que concierne ahora a los *pactos prematrimoniales sobre aspectos tales como el número o calidad de las relaciones sexuales, la negativa a tener hijos o el número de hijos, o sobre*

---

Y siguiendo las claves de la argumentación judicial, *no puede considerarse vulnerado el principio de igualdad entre consortes establecido en el artículo 1328 del Código Civil*, cuya restricción constituye uno de los límites constitucionales a la voluntad de los cónyuges. Como señala la doctrina más autorizada el examen de los pactos no puede perder de vista el respeto a la propia libertad contractual, debiendo únicamente proscribirse aquellos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges pero no aquellos que sólo muestren el ejercicio de aquella, sobre todo en materias de libre disposición, fundamentalmente de naturaleza patrimonial, pues –se razona– si determinados pactos se permiten entre extraños, más aún deben permitirse entre casados, donde las relaciones de confianza suelen avalar la gestión ajena de negocios o la alteración de las reglas que el matrimonio considera inútiles o inapropiadas para sus relaciones. En general, profundizando en la cuestión, puede entenderse que vulneran la igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro, acuñándose legalmente para diluir toda idea de supremacía o autoridad y correlativa sumisión o dependencia; todo ello sin olvidar que la igualdad es un concepto relativo, en el sentido de que para examinar su concurrencia deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada.

*Dicho cuanto antecede no es posible apreciar en nuestro caso quiebra alguna del principio de igualdad.* La renta vitalicia a cargo del esposo y en favor de la mujer se establece para los supuestos de crisis y separación conyugal, con independencia o abstracción del agente o contingencia provocadora, de la iniciativa individual o conjunta de la interrupción de la convivencia y eventual formalización judicial de la solicitud en vía contenciosa o de mutuo acuerdo. *Pero además en el supuesto analizado los otorgantes son personas maduras, con fallidas experiencias anteriores, cumplidamente formadas en enseñanzas universitarias y dilatado ejercicio en el campo de la medicina y el derecho, especialmente significativo en lo que ahora analizamos, en el esposo que asume la obligación económica, de profesión abogado, tal y como se explicitaba en consideraciones anteriores, usando ambos de su libertad en una sociedad moderna y abierta como la actual, de modo que ningún reparo puede ser opuesto en tal sentido...».*

*conducta religiosa de la pareja*, nos encontramos en todos estos casos, utilizados por personajes famosos del mundo anglosajón, ante *pactos que son sin duda incoercibles*, en cuanto suponen afectar al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, por lo que nunca se podría exigir su cumplimiento *in natura*, ni tampoco sería factible, como regla, un cumplimiento por equivalente en dinero.

En general, debemos afirmar que *son pactos que no parecen vinculantes, y que podrían ser incumplidos por cualquiera de los cónyuges, en principio sin consecuencias patrimoniales negativas*.

Sucede exactamente lo mismo que con los propios deberes legales entre cónyuges (arts. 66 a 68 CC), que, además de ser incoercibles, su incumplimiento o vulneración no conllevan sanciones de ningún tipo, ni siquiera económica, como se ha encargado de aclarar el Tribunal Supremo en su importante **Sentencia de 13 de noviembre de 2018**, la cual viene a confirmar y reforzar otras anteriores, que no eran tan explícitas.

Es más, la razón por la cual los deberes conyugales resultan, desde la reforma legal del año 2005, incoercibles y carentes de todo tipo de sanción por incumplimiento, seguramente haya que encontrarla en la necesidad de tutela de los derechos fundamentales. Es decir, en la medida en que los deberes conyugales (debe de convivencia, de fidelidad, de asistencia...) están conectados directamente con derechos fundamentales tales como la libertad personal (art. 17CE), la intimidad, la libertad de fijación de domicilio (art. 19 CE), etc., no parece factible que el legislador condicione y someta la efectividad de estos derechos a la existencia de un vínculo matrimonial, por lo que

es razonable anteponer esos derechos al propio matrimonio y no hacer efectivos esos deberes, ni establecer sanciones legales en caso de incumplimiento de los mismos.

Por lo tanto, *siendo irrelevantes jurídicamente los deberes conyugales generales*, nacidos de la celebración del negocio jurídico matrimonial, *debe suceder exactamente lo mismo respecto de nuevos deberes nacidos de un pacto prematrimonial otorgado al efecto*, como los antes expuestos: serían deberes en todo caso incoercibles, en cuanto afectan a derechos fundamentales o al libre desarrollo de la personalidad de los otorgantes, por lo que se deben tener por no puestos y no vinculantes, sin consecuencias jurídicas efectivas, por mucho que se haya estipulado «ad hoc» por los contrayentes.

En cuanto a su validez, seguramente no serán inválidos en su origen, pues responden a formas concretas de organizar la convivencia de la pareja, ámbito en el cual el Estado no debería inmiscuirse. Eso sí, *si el sujeto afectado presuntamente en su derecho fundamental decide darles cumplimiento voluntario*, aunque sea durante un período de tiempo más o menos largo, *las posibles consecuencias de carácter jurídico, si las hubiera*, derivadas de su ejecución, *serán válidas*, en cuanto tendrán el respaldo de la voluntad o consentimiento del sujeto afectado, quien de forma consciente y deliberada habría decidido cumplirlas, otorgando ese consentimiento legitimidad a lo actuado y ejecutado.

Por tanto, no dispondrá el sujeto afectado en su derecho de ninguna facultad para obtener una compensación económica, o en general una reversión de efectos a favor de sujeto afectado,

si en un momento posterior decide no cumplirlas. Y respecto de las consecuencias del pacto, ulteriores al momento en que el cónyuge «vinculado» decide no cumplir lo acordado, en un país como España, donde el divorcio es libre y sin sujeción a causas, el incumplimiento de esa conducta incoercible *seguirá la misma suerte que los deberes conyugales legales de los arts. 66 a 68 CC*, es decir, serían «nuevos deberes» con la misma naturaleza incoercible que los conyugales previstos en la ley.

*La duda sólo se planteará cuando el pacto anterior conlleve algún efecto jurídico, como, por ejemplo, que se hayan previsto convencionalmente unas consecuencias patrimoniales negativas para el caso de incumplimiento (cláusula penal o similar), y cuando, por ejemplo, se hayan pactado este tipo de sanciones o consecuencias económicas o jurídicas en caso de incumplirse deberes conyugales.*

A tal efecto, aunque, en principio, podrían considerarse válidas y eficaces estas estipulaciones conjuntas, conviene recordar lo dicho más arriba: de nuevo *una penalidad excesiva desde el punto de vista de su montante económico (o de otras posibles consecuencias personales o patrimoniales indirectas: por ej., previsión de una posible pérdida de la custodia compartida con los hijos comunes), seguramente llevaría a dudar de su licitud, en la medida en que se pudiera estar condicionando el libre ejercicio (en sentido positivo) del concreto derecho fundamental afectado*, ante la perspectiva de consecuencias económicas o de otro tipo muy duras.

Otro matiz importante: *en la medida en que efectivamente la sanción prevista implique unas consecuencias económicas des-*

*mesuradas, habría que concluir, incluso presumir jurídicamente, que, en la base de la estipulación, había una situación de desequilibrio entre las partes*<sup>86</sup>, que debería implicar, si no la nulidad de la cláusula, sí al menos la corrección o adaptación de la misma al objeto de restablecer o establecer una posición de equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes<sup>87</sup>.

Pero junto a todo lo anterior, hay un nuevo dato muy relevante: esas cláusulas de fijación de compensaciones económicas por incumplir deberes conyugales (los legales, o los «nuevos» introducidos ex profeso), en cuanto cláusulas penales, *serían cláusulas accesorias de la principal*, como sostiene la mayoría de la doctrina estudiosa de las mismas, *por lo que deben seguir*

---

<sup>86</sup> En una dirección próxima a la expuesta, SILLERO CROVETTO, B., «Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido», en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de la pareja* (Dir. C. Lasarte y M.D. Cervilla), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 411, alude a la necesidad de que en los pactos prematrimoniales se efectúa una suerte de «control de inclusión y de contenido» de las distintas estipulaciones, de forma similar a como sucede con los contratos predispuestos en materia de consumidores y usuarios. La autora, sin embargo, no deja clara su postura acerca de la validez o invalidez de los pactos modificadores o alteradores de los deberes conyugales; tan sólo pone de manifiesto la mayor dificultad de resolver acerca de la validez o no de aquellos en los que se estipule una indemnización por posible incumplimiento (pág. 402-403).

<sup>87</sup> El hecho de que se haya fijado esa sanción, y se haya hecho con carácter *recíproco*, para ambas partes, no necesariamente implicará pasar el filtro de legalidad de la cláusula, por cuanto es posible que la posición económica de una de las partes sea tan diferenciada de la de la otra, que de hecho la cláusula resulte mucho más gravosa para la segunda que para la primera, con lo que el desequilibrio entre ellas no desaparece por el hecho de la reciprocidad.

*obligatoriamente la misma suerte que la estipulación principal a la que complementan.*

Siendo así las cosas, y dada la incoercibilidad de la estipulación principal que recoge los deberes conyugales –los legales u los «nuevos» deberes adicionales– afectados por esa penalidad, la sanción prevista, sea la que sea (no sólo la que establezca una sanción o penalidad económica, sino cuando sea de otro tipo: v.gr., pérdida de derecho sobre la vivienda común, o afectación directa o indirecta de las relaciones con los hijos) *tendrá por tanto su misma naturaleza, y se deberá considerar igualmente como incoercible y no vinculante jurídicamente*, por mucho que se haya querido establecerse con eficacia jurídica. Por lo tanto, sería inexigible como tal por parte del sujeto beneficiario de la misma<sup>88</sup>.

*Ello debe ser así igualmente* cuando la consecuencia jurídica prevista fue la de conceder a la otra parte *una facultad resolutoria del contrato o acuerdo*, tal como vimos en materia de arrendamientos de vivienda con la cláusula de no contraer matrimonio o no tener hijos: esa facultad resolutoria sería justamente la penalidad prevista, por lo que de nuevo estaríamos

---

<sup>88</sup> Sin embargo, algunos autores sostienen que no son válidas y se deben tener por no puestas, aquellas estipulaciones en pactos prematrimoniales que supongan eliminar o afectar de forma sustancial a los deberes conyugales, que serían una suerte orden público o materia indisponible, pero en cambio consideran válido y eficaz el pacto de imposición de una penalidad en caso de incumplir algún deber conyugal: así, AGUILAR RUIZ, L., «Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI: Cuestiones actuales y Soluciones de futuro*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 30.

ante una pena o cláusula penal, que seguiría la misma suerte de la obligación principal de la que depende.

Por último, debemos reflexionar acerca del hecho de que esas cláusulas recaen o afectan a derechos fundamentales (libertad personal, libertad sexual, libertad de residencia, libertad religiosa, etc.), y en qué medida ese objeto repercute sobre la efectividad de este tipo de cláusulas en pactos prematrimoniales o matrimoniales.

*A nuestro juicio, debemos recurrir de nuevo a la idea de revocabilidad, antes que a la posible nulidad de estas cláusulas.*

Si acudiéramos a la fórmula de la nulidad, se debería restituir todo aquello que fue cumplido o ejecutado en aplicación de la cláusula, por cuanto la nulidad por vulneración del orden público en que hipotéticamente consistiría la afectación de derechos fundamentales, llevaría a total ineficacia *ex tunc*, con efecto retroactivo.

Frente a ello, parece mucho más sencillo y natural, dar validez y eficacia a todo lo cumplido por el sujeto afectado en su derecho, en tanto su consentimiento previo le habría otorgado la adecuada legitimidad. Pero *dejaría de ser legítima a partir del momento en que ese sujeto cambiase de opinión, y decidiera ejercitar positivamente su derecho fundamental negándose a observar la conducta comprometida.*

A partir de ese momento, la cláusula limitativa del derecho o de renuncia parcial al mismo, dejaría de tener respaldo legal, y *sería ilegítimo todo lo que se actuase en el futuro.* No habría posibilidad por parte del sujeto beneficiario de ejercitar

acciones judiciales de cumplimiento u observación de la conducta positiva o negativa estipulada, ante la voluntad ahora contraria del sujeto de no cumplir y de ejercer su derecho fundamental afectado.

*El hecho de que estemos*, no ante un acuerdo cuyo objeto principal no sea una renuncia o autolimitación de un derecho fundamental, sino *ante una sola cláusula puntual dentro de un acuerdo o negocio jurídico* más amplio, *no debe impedir aplicar las mismas pautas que en los casos en que sí sea su objeto principal*. Por tanto, el sujeto afectado debe disponer de la misma facultad de revocar su consentimiento, y ejercitar libremente su derecho constitucional, sin la amenaza de verse obligado a tener que abonar una compensación o indemnización por el incumplimiento.

Esa inaplicación de la cláusula, cuando así lo decida voluntaria y libremente la persona afectada en su derecho, se podrá producir *incluso aunque se pudiera constatar que el acuerdo global se celebró en posición de equilibrio entre las dos partes*, pues no por ello se debe ver restringido el ejercicio del derecho fundamental, el cual, *también aquí, debe anteponerse al «pacta sunt servanda»*, en suma, a la regla o principio de la santidad del contrato. Por lo tanto, la facultad de revocar y dejar de cumplir ese pacto limitativo de su derecho o libertad constitucional, permanece intacta, a pesar de hallarnos ante una estipulación puntual dentro de un acuerdo mucho más amplio. Lo contrario sería restringir las facultades o poderes constitucionalmente otorgados al sujeto, anteponiendo el pacto a dichos derechos del máximo rango.

Habiendo revocación y consiguiente ejercicio del derecho, parece difícil en estos casos de estipulaciones puntuales percibir una compensación por el daño como el previsto en el art. 2.3 de LO 1/1982, que se puede reclamar en caso de revocación del consentimiento o autorización a la intromisión. No obstante, no es totalmente descartable, en circunstancias excepcionales, y mediante la correspondiente prueba.

Eso sí, *la inaplicación de esa concreta cláusula tras la revocación podría afectar a otras que pudieron haber sido incluidas como correlativas de la anterior (reciprocidad), en cuyo caso esas conductas podrían no tener que ser cumplidas, ahora por parte del sujeto beneficiario de la primera.*

Concluyendo todo lo expuesto, se pueden obtener las siguientes ideas o criterios:

- Los deberes conyugales establecidos legalmente (arts.66 ss. CC) son incoercibles. La razón de esa incoercibilidad no es seguramente su condición de deberes de orden moral, cuanto más bien su afectación genérica de derechos fundamentales de índole personalísima (residencia, libertad personal, libertad sexual, etc.). Siendo así las cosas, no es viable su imposición por la fuerza.
- De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya mantenido hasta la fecha la imposibilidad de reclamar daños y perjuicios por su incumplimiento. No es, como ha dicho algún autor<sup>89</sup>, que la razón por la que hipoté-

---

<sup>89</sup> MAZZINI, E., *La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

ticamente se podrían pedir daños por lesión de deberes conyugales se residencie en la tutela de los derechos fundamentales: es más bien a la inversa, es el hecho de que a esos deberes, y a su naturaleza incoercible, subyazgan derechos fundamentales, lo que justifica la imposibilidad de reclamar daños por su incumplimiento.

- Como consecuencia de lo anterior, no cabe mediante pacto prematrimonial establecer sanciones económicas por el incumplimiento o lesión de esos deberes conyugales. Eso sería una cláusula penal o penalidad en sentido amplio, que por su carácter accesorio respecto de la obligación o deber principal, seguiría su misma suerte, esto es, su incoercibilidad (no ya su nulidad).
- En el caso hipotético de que se hubiese cumplido esa penalidad, no podría restituirse al sujeto afectado en su derecho fundamental, puesto que su consentimiento previo (al pacto y a la penalidad) legitimaría la prestación recibida (sería una atribución con causa). En general, el cambio de opinión y la decisión sobrevenida de no querer cumplir el pacto prematrimonial no supondrá un deber de restitución recíproca de lo percibido, ni de compensación económica del valor de lo hecho (o no hecho) en el período anterior a ese evento, como teóricamente sucedería si se produjera una declaración de nulidad de pleno derecho de la estipulación prematrimonial o matrimonial.
- Por supuesto, dada la revocabilidad general del consentimiento, por tratarse de derechos fundamentales,

habiendo cambiado de opinión, el sujeto afectado por el acto de autolimitación de su derecho fundamental a nivel conyugal, ya no se vería vinculado por lo pactado previamente, y, por tanto, no quedaría expuesto a una reclamación extrajudicial o judicial de daños, o de exigencia de la penalidad pactada, por parte del otro cónyuge o ex cónyuge, con visos de eficacia.

- Como consecuencia de esa incoercibilidad de los deberes conyugales, la fijación de nuevos deberes (de orden religioso, sexual, convivencial, etc.) entre los cónyuges, a través de pactos prematrimoniales, tendría la misma efectividad. Se trataría de nuevos deberes, o alteraciones de los deberes legales, que afectarían a derechos fundamentales, y por ese motivo, no se podrían exigir su cumplimiento, ni su incumplimiento daría lugar a una específica indemnización de daños.

Ello sería así incluso aunque se hubieran pactado penalidades específicas por ese incumplimiento del nuevo deber conyugal de conducta. Las penas pactadas seguirían la misma suerte del deber u obligación al que refuerzan, por lo que tampoco serían exigibles, en tanto haya una oposición a ello por parte del cónyuge que autolimitó su derecho fundamental (libertad de residencia, libertad sexual, libertad religiosa, etc.).

- No es necesario recurrir al expediente de la posible nulidad del pacto por afectar directa o indirectamente a derechos fundamentales y libertades públicas. El hecho

de afectarlos implicará su no vinculatoriedad jurídica, y sólo el cumplimiento voluntario de lo pactado dará, justamente por el consentimiento prestado en origen, legitimidad a aquellas prestaciones o atribuciones que ya fueron recibidas hasta ese momento.

## Conclusiones finales

1. En primer lugar, creemos que con este estudio se confirma la necesidad, esbozada al inicio de este trabajo, de trazar una línea distintiva o de separación entre aquellos contratos, acuerdos o negocios jurídicos donde de forma principal o puntual se pongan en juego derechos fundamentales o libertades públicas, con un contenido que puede ser personal o incluso puntualmente patrimonial, y el resto de negocios o contratos de contenido económico o patrimonial en sentido estricto.

2. La presencia de derechos fundamentales o libertades públicas obliga a un mucho mayor cuidado por el respeto de esos derechos, hasta el punto de hacerlos prevalecer sobre otros intereses, o sobre la propia autonomía de la voluntad, a pesar de que la misma tenga también un rango constitucional, como expresión concreta del principio de «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE). Salvo en aquellos casos de preceptos constitucionales que establezcan específicas autorizaciones o dispongan límites concretos a la autonomía privada, que marquen así una determinada orientación sobre el sentido de los actos o negocios jurídicos relativos a ellos, no se puede admitir que cualquier pacto que los contenga resulte eficaz y vinculante, en el sentido de imponerse al sujeto titular aun en contra de su voluntad de no cumplirlo, pues, como ya se ha explicado, de otro modo, se haría inútil el reconocimiento constitucional de tales derechos.

Ese reconocimiento constitucional de derechos y libertades fundamentales tiene una singular traducción en las relaciones entre particulares, cual es la de hacer legítima cualquier renuncia o autolimitación contractual o negocial en tanto así lo quiera y decida el propio sujeto afectado, deviniendo sin embargo ilegítima a partir del momento en que se produzca un acto revocatorio de la previa autorización a la intromisión.

3. Podemos decir que existe una clara orientación, a nivel de legislación española, en el sentido de dar preponderancia a los derechos fundamentales por encima de la autonomía privada. Eso significa que todos aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se produzca esa renuncia o autolimitación de los citados derechos, o, en general, en los que se plantee una cuestión de afectación hipotética de la dignidad de la persona, deberá darse prioridad a la decisión o voluntad del sujeto, a través de la revocación.

4. Salvo aquellos casos en que exista una prohibición legal expresa de ese negocio o de esa cláusula, en cuyo caso se podrá decretar judicialmente su ineficacia, habiendo en juego este tipo de derechos, la nulidad no debe ser el instrumento adecuado para resolver las disputas, sino el de la libre revocabilidad del consentimiento previamente prestado.

Para ello será preciso que el legislador (y los jueces y Tribunales) valoren el verdadero alcance de las prohibiciones legales, para restringir su eficacia, e intenten ampliar el juego de la autonomía, siempre dejando la vía abierta a que el titular del derecho fundamental implicado cambie de opinión, y recupere sus facultades previamente renunciadas o autolimitadas.

5. Del mismo modo, y como complemento de lo anterior, el legislador debería reflexionar y acabar disponiendo, como en parte ya hace respecto de determinados negocios jurídicos (v.gr., capitulaciones matrimoniales, convenios reguladores, etc.), mecanismos de control y de reforzamiento de la emisión libre y consciente, por parte del titular del derecho afectado, de las respectivas autorizaciones a la intromisión en sus derechos. Tales como la intervención de fedatario público, la obligatoria prestación separada de consentimientos de cada parte, o la ratificación del consentimiento prestado mediante un acto posterior en el tiempo, entre otros mecanismos.

6. Todo esto que se defiende debe ser aplicable con independencia de la existencia posible de un cuerpo de normas protectoras de colectivos vulnerables, o de normas específicas de tutela de sujetos en situación puntual de vulnerabilidad, en cuyo caso será posible la concurrencia de diversos instrumentos de protección, que no serán incompatibles con los otros antes señalados. De hecho, hemos comprobado cómo, hasta la fecha, los mecanismos de tutela de sujetos individuales en situación de vulnerabilidad son claramente insuficientes, y los que se proyectan para una futura reforma legal, no van a permitir cubrir las necesidades protección que se pudieran plantear. Por lo tanto, se hace preciso que se completen y concurren con los ya señalados.

7. Nos planteamos a continuación si los mecanismos señalados podrían ser aplicables a aquellos negocios jurídicos donde se regulen relaciones personales entre dos o más personas, aun sin tener por objeto directo un derecho o libertad funda-

mental. La respuesta debe ser afirmativa como consideración general, ante la frecuencia con la que en ellos se incide de manera directa o indirecta en aspectos tales como la intimidad, el honor, la protección de datos personales, o la libertad personal, la religiosa o ideológica, o la libertad de residencia, así como en general el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que los suscriben.

8. Por último, la mayor duda se presentará en el futuro respecto de la extensión de estos instrumentos a aquellos contratos, cada vez más frecuentes en nuestras sociedades tecnológicas, de servicios o de obra en los que, por ejemplo, se pongan en juego derechos o valores como la integridad física (v.gr., contratos con prestación de servicios generadores de riesgo para la vida o la integridad, o la salud física o mental), y si en ellos será igualmente factible el recurso a la libre revocación del previo consentimiento, sin que ello suponga necesariamente un incumplimiento contractual, generador de las correspondientes acciones propias del mismo (responsabilidad por daños, acción resolutoria, etc.). En concreto, se planteará la duda de si se podría ejercitar por la contraparte una acción de cumplimiento en forma específica, a pesar de la voluntad contraria expresada por el prestador de servicios.

A este respecto, no puede perderse de vista que la gran mayoría de la doctrina defiende que todo prestador de servicios, sean del tipo que sean, dispone siempre de la facultad de revocar unilateralmente y dar por concluido el vínculo, con la sola expresión de su voluntad contraria. Por lo tanto, las acciones

que se puedan ejercitar por la contraparte, habiendo revocación o desistimiento por parte del sujeto titular del derecho afectado, habrán de limitarse a reclamar compensaciones derivadas exclusivamente de dicha revocación, antes que acciones de cumplimiento en forma específica. Lo que sucede es que la fundamentación de esa facultad revocatoria o de desistimiento se suele residenciar doctrinalmente en el carácter personal del vínculo contraído, o en la prohibición de vinculaciones permanentes (art. 1583 CC)<sup>90</sup>, cuando podía justificarse seguramente mucho mejor en la libertad personal de todo sujeto (en tanto sea persona física prestador de servicios) garantizada por el artículo 17 CE y demás preceptos constitucionales correlativos.

---

<sup>90</sup> Vid. al respecto GALVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (Especial estudio del derecho de desistimiento)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; o ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Comentarios al Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, Tomo VIII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11191 ss.

## Bibliografía citada

- AGUILAR RUIZ, L., «Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI;: Cuestiones actuales y Soluciones de futuro*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., Comentarios al Código Civil (Dir. R. Bercovitz), Tomo VIII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (Comentario al art. 1583 CC).
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Versión castellana Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALFARO AGUILA.-REAL, J., «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, año 1993, vol. 1.
- ALONSO PEREZ, M. T., «La función social como elemento delimitador del contenido del derecho de propiedad de la vivienda», en *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Burgos 29-31 de mayo de 2025*.
- ARMBRÜSTER, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, §§1-240 BGB*. Auflage, München, 2015 (comentario & 138 BGB).
- AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- BALAGUER, M. L., *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Ed. Cátedra, Univ. Valencia, 2017.
- BARBA, V., «Las condiciones que refuerzan la voluntad testamentaria», dentro del volumen *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa* (Dir. A. Cañizares) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 99 ss.

- BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- BLANDINO GARRIDO, M.A., «Libertad de testar y condiciones testamentarias», en *La libertad de testar y sus límites* (Coord. A. Vaquer, M.P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila), Col-Legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, 2018, pág. 293 ss.
- BOSCH CAPDEVILA, P. DEL POZO CARRASCOSA Y A. VAQUER ALOY, *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, ed. Marcial Pons, 2016, pág. 201 ss.
- CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998
- CAMPUZANO TOMÉ, H., «Cuatro décadas de protección jurídica del derecho a la privacidad frente a las TC: del derecho a la autodeterminación informativa al derecho al olvido digital», en la obra colectiva *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española* (Coord. R. Punset y L. Alvarez), ed. Thomson Reuters Civitas Pamplona, 2018.
- CERVILLA GARZÓN, M.D., «El principio de igualdad y no discriminación en el arrendamiento de vivienda», en *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Burgos 29-31 de mayo de 2025*.
- CARMONA CUENCA, E., *Comentarios a la Constitución Española. En memoria de Pablo Pérez Tremps*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2024.
- CARMONA CUENCA, «La prohibición de discriminación (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)»; en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos humanos* (Coord. J. García Roca y P. Santolaya), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 684 ss.
- CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. por M. Albaladejo), Tomo I, Vol. 1 (Arts 1 a 7 CC), Madrid, 1992, pág. 776 ss.

- CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad (Dir. A. Carrasco)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, ed. Civitas Thomson Reuters, 3.<sup>a</sup> ed., Pamplona, 2020.
- CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el Derecho a la Propia Imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen*, Cuadernos Aranzadi Civil, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 199 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Protección y defensa del consumidor frente a la abusividad y la usura. En el tránsito hacia la asimilación del Derecho de la unión*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CASTRO ARGÜELLES, M.A. y ALVAREZ ALONSO.D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 203 ss.
- CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CORDERO CUTILLAS, I., *El Convenio Regulador en las Crisis Matrimoniales (Estudio Jurisprudencial)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, Intimidad Personal y Familiar y propia Imagen en la Jurisprudencia*, ed. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Derechos fundamentales y Derecho Privado», en el libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999.
- CUENA CASAS, M. «La defensa de la propiedad frente a la ocupación ilegítima de la vivienda», en *Jornadas de la Asociación de*

*Profesores de Derecho civil, Burgos 29-31 de mayo de 2025.*

- DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «La protección constitucional del derecho al honor», en *Derecho al honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad civil y Otras Cuestiones*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 32.
- DE VERDA Y BEAMONDE, J. R., *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la propia Imagen*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y SORIANO MARTINEZ, E., «El consentimiento como causa de exclusión de ilegitimidad de la intromisión» en el volumen *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- DIAZ ROMERO, M.R., *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.
- DIEZ-PICAZO GIMENEZ, L. M.<sup>a</sup>, *Sistema de derechos fundamentales*, 2005.
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «Criterios para la determinación de la validez de las condiciones testamentarias: libertad de testar y derecho del favorecido a no ser discriminado», dentro del volumen *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa (Dir. A. Cañizares)* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 269 ss.
- FLUME, W., *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil. Tomo segundo*, 4.<sup>a</sup> ed. no modificada, traducción de J. M.<sup>a</sup> Miquel y E. Gómez calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- GALVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (Especial estudio del derecho de desistimiento)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA ALGUACIL, M. J., «¿Incoherencia legislativa o

- despropósito judicial? A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 2, Nº. 3 (junio), 2014, págs. 79-110.
- GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El consentimiento al tratamiento de datos personales», dentro del volumen *Protección de datos personales, Asociación de Profesores de derecho Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GARCÍA RUBIO, M.P. «Los testamentos con instituciones condicionales que limitan los derechos y libertades del favorecido», dentro del volumen *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa (Dir. A. Cañizares)* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 359 ss.
- GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, ed. Civitas, Madrid, 1986.
- GETE-ALONSO Y CALERA, C., *Estudios sobre el contrato*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008, pág. 124 ss.
- GOMEZ CALLE, E., *Desequilibrio Contractual y Tutela del Contratante Débil*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.
- GOMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZALEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007) (Coord. R. Bercovitz)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- HERNANDEZ FERNÁNDEZ, A. *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, ed. COLEX, 2009.
- HIGUERAS, *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*, Ed. EUNSA, Pamplona, 2001.
- LAZARO GONZALEZ. I. E. (Coord.) *La gestación subrogada; una mirada multidisciplinar*, Sepin, 2023.
- LOPEZ AGUILAR, J. F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

- LOPEZ AGUILAR, «Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General de Notariado 2012, pag.1 a 48.
- LOPEZ Y LOPEZ, A., «En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 27, 2013, págs. 173-208.
- LOPEZ Y LÓPEZ, A., *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Cañizares), Tomo IV (Arts. 1156 a 1582 CC)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 5724 y 5725
- MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, ed. Thomson Reuters Civitas, Cizur menor, 2010, pág. 112-113.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
- VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- DE VEGA GARCÍA, P., «En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Ed. Tecnos, 1997, pág. 339 ss.
- MARIN LOPEZ, M. J., «El concepto de consumidor vulnerable en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º. 37, 2021.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, ed. Tecnos, Madrid, 2011.

- MAURIN, L., «La conciliazione ragionata tra diritti fondamentali e il contratto privato», en *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali (A cura di Guido alpa e Giuseppe Conte)*, pág. 279 ss.
- MAYO DEL HOYO, M. V. y SALAS MURILLO, S. de, *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal (Dir. M. V. Mayo del Hoyo y S. de Salas Murillo)*, ed. Aranzadi, Las Rozas, 2024.
- MAZZINI, E., *La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- MIQUEL GONZALEZ, J. M<sup>a</sup>, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo)*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 948-949.
- MONTES PENADÉS, V. L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco*, ed. Trivium, Madrid, 1988.
- NIPPPERDEY, «Diritti fondamentali e diritto privato», en *Diritti fondamentali e diritto privato nell'ordinamento sociale civile (AA.VV.)*, trad. De Pasquale Femia, Ed. Scientifica, Napoli, 2018.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de las Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo». en *Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, Intimidad y propia Imagen*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 169-171.
- ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Ed. Comares, Granada, 1994.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asisida y Constitución», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 15, 1993, pág. 129 ss.

- PASQUAU LIAÑO, M., «De la protección del consumidor a la reforma del Derecho común de la contratación», en *El Contrato: Apuntes para una revisión* (Coord. B. Añoveros Terradas y S. Llebaría Samper), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- PEREZ DÍAZ, R., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen en los 40 años de vigencia de la Constitución», en la obra colectiva *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española* (Coord. R. Punset y L. Alvarez), ed. Thomson Reuters Civitas Pamplona, 2018.
- REVERTE NAVARRO, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), Tomo XVII, vol. 1-A (arts. 1254 a 1260 del C. Civil), EDERSA, Madrid, 1993.
- ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ROJANO MARTÍN, N., «La vulnerabilidad en el ámbito del consumo y su tratamiento en la Ley 4/2022: «mucho ruido y pocas nueces»», en el volumen *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal* (Dir. M. V. Mayo del Hoyo y S. de Salas Murillo), ed. Aranzadi, Las Rozas, 2024, pág. 1039 ss.
- ROMEO CASABONA, C. M., *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- RUIZ-RICO ARIAS, M. D., «Renunciabilidad e irrenunciabilidad del derecho de alimentos legal», *Revista de Derecho de Familia*, num.100, 2023.
- RUIZ-RICO ARIAS, M. D., *Autonomía de la voluntad y renuncia unilateral. La renuncia a los derechos fundamentales. Su incidencia en el ámbito civil*, ed. ATELIER, Barcelona, 2023.
- SAN MARTÍN, C., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ed. Aranzadi, 2008.
- SILLERO CROVETTO, B., «Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido», en *Ordenación económica del matrimonio y*

- de la crisis de la pareja» (Dir. C. Lasarte y M.D. Cervilla), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.*
- TAMAYO HAYA, S., *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Cañizares)*, Tomo V, Valencia, 2023 (comentario artículo 1814 CC).
- TORRES PEREA, J.M. de, «Gestación subrogada y paternidad homoparental: una revisión crítica del marco jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2025 (en prensa).
- VALLE, L., *Il contratto e la Realizzazione del Diritti della Pesona*, Ed. Giappichelli, 2020.
- VAZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002
- VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, ed. REUS, Madrid, 2015.
- WENTLAND, *Bamberger/Roth BGB, §§ 1-610*, 3. Auflage, München, 2012, pág. 527-528.
- YAÑEZ VIVERO, F., *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho Contractual*, ED. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.



UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA